BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFIA É HISTORIA

FILOSOFÍA

DEL

DERECHO

POR

LUIS MIRAGLIA

Profesor en la Universidad de Nápoles.

TOMO SEGUNDO

MADRID
LA ESPAÑA MODERNA
Cuesta Sto. Domingo, 16.
Teléf. 260.

Establecimiento tipográfico de Agustín Avrial,
San Bernardo, 92.—Teléfono 3.074.

FILOSOFÍA JURÍDICA

CAPÍTULO VI

La propiedad predial.

Los pueblos más atrasados, que no tienen todavía un concepto desarrollado del derecho de propiedad, admiten el dominio privado de las armas, de los vestidos y de los ornamentos, porque el trabajo les da á estos objetos un valor superior al de las materias primeras. Las tribus que viven de la caza reconocen por regla general que la propiedad del animal pertenece á quien lo ha matado ó herido. En la vida no enteramente sedentaria de las gentes el suelo es propiedad colectiva, pero los productos se atribuyen al cultivador. Cuando comienza la época civil, se hace más claro y se extiende más el principio de la propiedad privada como efecto de la acción del hombre. El comunismo aplicado á los productos de la actividad individual ó de un grupo aparece como contrario á la más elemental idea de justicia.

Hay bastantes escritores que piensan que no todas las razones económicas y jurídicas que se aducen en apoyo de la propiedad privada del capital mueble valen para

la propiedad privada del terreno. Estos escritores pertenecen á la escuela del colectivismo territorial, y no están de acuerdo entre sí, puesto que algunos niegan la propiedad individual de los edificios y otros combaten la de la tierra. Wagner, por ejemplo, no admite la propiedad privada de las casas y confunde el concepto de las limitaciones de la propiedad con el de la absorción por parte del Estado. Wagner parte del principio que la propiedad privada es una prenda confiada por el Estado á la administración del individuo, y que, cuando los alquileres suban mucho, el Estado mismo tiene derecho á expropiar las casas. Entre la propiedad urbana y la propiedad rústica hay, según Wagner, dos importantes diferencias: una vez construido el edificio, el propietario no realiza ya ningún trabajo ni en muchos años tiene que sufrir otros gastos; mientras que el propietario de tierras debe emplear todos los años nuevo trabajo y nuevo capital. La ganancia excepcional obtenida por el propietario de casas, cuando hay excesiva aglomeración de personas en determinados centros, es mucho mayor que la del propietario de tierras, cuando hay mucha demanda de tierras. Wagner no carece de razón al poner de bulto estas diferencias; solamente se equivoca al considerar la propiedad privada como prenda confiada por el Estado á los ciudadanos, negando el derecho de la persona individual, que imprime su huella en las cosas y las liga consigo, de tal suerte que forman una continuación de su persona. El Estado puede y aun debe limitar este derecho, pero no absorberlo; absorbiéndolo, no reconoce en el individuo su esencia humana, y lo rebaja á la condición de simple instrumento. Verdad que en la propiedad urbana predomina el capital; pero el capital es el trabajo de ayer, como el

trabajo será el capital de mañana; en el capital se halla la actividad del hombre, y el capital debe respetarse, en cuanto es producto de aquélla. El Estado, en caso de exagerada carestía de los alquileres, puede disminuir el impuesto sobre los edificios, puede estimular de mil maneras la construcción de nuevas casas, puede construir nuevos barrios, y para todo esto tiene facultad de expropiar, si es necesario. Pero la expropiación no debe ser una norma tan general como la misma propiedad de una especie entera de bienes, y no debe enlazarse con la idea errónea de la prenda confiada por el Estado. Y aquí conviene guardarse de confundir dos cosas enteramente distintas, esto es, el monopolio injusto con la posesión de los objetos que no se pueden multiplicar indefinidamente: el primero es restricción artificial é irracional de la libertad de producción, y debe ser eliminado; el segundo no tiene nada que hacer con el verdadero monopolio, porque proporciona un rédito que depende del curso de los precios, y no del arbitrio del individuo. Ciertamente, el valor normal está determinado por el coste de la producción; puesto que si el producto vale más que el coste, la concurrencia hace disminuir el valor de un modo gradual y progresivo, y si cuesta más de lo que vale, la oferta disminuye, puesto que nadie quiere trabajar para perder. Mas el valor normal de los bienes de cantidad limitada, como las casas y los mismos terrenos, viene determinado por la combinación de la oferta y de la demanda, justamente porque no son susceptibles tales bienes de aumento indefinido. Estos bienes valen ordinariamente más y á veces bastante más de lo que cuestan, cuando el gasto de producción expresa un valor mínimo, como en la hipótesis que Wagner discute. Pero no puede decirse que su pose-

sión, en cuanto resulta de legítima unión física y moral de la persona individual con cosas libres ó justamente transmitidas, equivalga á una facultad ficticia, que debe destruirse mediante una expropiación forzosa. En otros términos, no hay contradicción entre el concepto de la propiedad privada y el de la ley limitativa, como se verá mejor después.

Spencer, en la *Estática social,* cree injusta la propiedad privada del suelo. Dada una especie de seres, dice, los cuales tienen un derecho igual á conseguir el fin de sus tendencias; dado un mundo que está hecho para la satisfacción de sus necesidades, se deduce que cada uno de tales seres tiene derecho á gozar de los bienes de este mundo. Si cada cual es libre de hacer lo que quiera, á condición de no ofender la libertad de los demás, cada cual es libre de usar de los dones naturales para satisfacer sus necesidades, siempre que respete un igual derecho en sus semejantes. Convirtiendo la proposición, claro es que nadie puede usar de la tierra de manera que impida un uso igual de la misma por parte de los demás. La justicia, pues, concluye Spencer, no reconoce la propiedad individual del suelo. Suponiendo que una porción de terreno pueda ser del dominio de un individuo, las demás porciones podrían ser ocupadas con el mismo título, y de esta suerte, toda la superficie de la tierra caería en manos de sólo algunos. Los demás vivirían por la tolerancia de los propietarios exclusivos ó por gracia de los mismos. El razonamiento de Spencer, idéntico en el fondo al de todos los escritores favorables al colectivismo territorial é integral, se reduce á la demostración de Fichte y contiene el mismo error que ésta. No se niega que todos tengan un derecho innato á la propiedad y que las cosas estén hechas

para todos; no se pone en duda el deber de la sociedad y del Estado á reconocer y garantizar á todos el ejercicio de semejante derecho esencial á la persona humana. Pero este derecho innato á la propiedad es puramente potencial, y, por consecuencia, debe traducirse en acto transformándose en derecho de propiedad. Todos tienen derecho á servirse de los dones naturales, de las fuerzas físicas y del suelo; pero ninguno tiene un derecho particular sobre el mundo externo, si no ha aplicado al mismo su actividad, si no ha hecho algo, si no se ha movido, saliendo de la igualdad abstracta y creando la razón de un predominio jurídico especial. Al Estado no le compete el moverse en lugar del individuo y el crear esta razón de predominio, puesto que los derechos innatos del hombre deben convertirse en adquiridos por medio de la misma persona individual á que corresponden como poderes y facultades. La persona individual puede ejercitar este derecho natural á la propiedad, desplegando su acción sobre el suelo, ó en la esfera de las industrias manufactureras y en la del comercio. El Estado sólo está obligado á asegurar las condiciones de desarrollo de la actividad individual, y no está llamado á sustituirla con asignaciones de bienes. No se debe olvidar que la tierra existe en cantidad limitada, y que puede no ser bastante para todos en un determinado momento; así como que los medios de subsistencia no provienen sólo de ella, sino de las artes, de las industrias y de los tráficos. Por último, Spencer se contradice, porque, por un lado, sostiene que el industrialismo promueve el desarrollo de la propiedad privada, y por otro, afirma que la propiedad común del suelo está destinada á reaparecer cuando el industrialismo se aproxime al apogeo de su evolu-

ción. ¿Cómo es posible esto si el industrialismo significa, frente al sistema militar, diferenciación progresiva, predominio de la individualidad y del régimen del contrato ó de la cooperación voluntaria? Apercibiéndose después Spencer de la contradicción, escribe que el industrialismo no ha alcanzado actualmente su estado definitivo y que vendrá otra fase en que desaparecerá la propiedad privada del suelo. Así como ha habido siglos durante los cuales se ha admitido la propiedad del hombre sobre el hombre, propiedad negada después con el desarrollo de la civilización; así también puede ocurrir que un día desaparezca la propiedad privada del suelo, recibiendo el industrialismo un nuevo y más amplio desarrollo. Mas, en su último libro sobre la justicia, no tiene ya Spencer viva esta fe, si bien declara que sigue teniendo la convicción de que el agregado humano es propietario supremo del suelo. Cree que el sistema militar ha sido la causa constante de la pérdida de la libertad personal y de la introducción de la esclavitud y aun de que haya concluido la propiedad colectiva. Añade que paralelamente al declinar del espíritu militar y al desarrollarse del industrialismo, vemos que se afirma más cada vez la libertad personal y se consolida la participación en la propiedad de la tierra. Si la tierra debiera volver á la comunidad, la justicia exigiría que desde luego se indemnizase á los poseedores actuales privados. Estos poseedores no son todos descendientes de los primeros ocupantes y usurpadores, porque una parte de ellos ha podido obtener la tierra por un modo derivativo de adquirir; en cambio, no pocos de los actuales proletarios pueden ser los descendientes de los primeros usurpadores. La sociedad tiene derecho á readquirir la tierra tal y como estaba

en el estado primitivo, y no puede apropiarse lo que durante siglos han empleado en ella los poseedores, en trabajo y en capital, para descuajarla, abonarla y cultivarla. La sociedad tendría que pagar enormes sumas por tal indemnización, y á la postre habría sufrido una pérdida, puesto que pagaba una indemnización superior al valor de la tierra readquirida. En la cuenta deberá entrar también la suma gastada por la sociedad para la asistencia de las clases populares; esta suma representa una parte de los productos de la tierra de que han sido privadas. La devolución de la tierra á la sociedad produciría un estado de cosas quizá peor que el actual, y el predominio del *funcionarismo* y de la administración de Estado, el peor de los negocios bajo el aspecto económico. Spencer concluye diciendo que un examen más profundo del argumento le induce á sostener que conviene mantener la propiedad privada de la tierra, sometiéndola á la soberanía del Estado. Debe notarse este cambio de ideas del filósofo inglés.

Dado que la propiedad privada se funda sobre el principio de la persona, la ciencia económica se ocupa de su lado útil. La utilidad, bueno es recordarlo, no es ajena al derecho, puesto que forma la materia de éste. Toda la distribución de la riqueza tiene por base el derecho de propiedad, supuesto que el interés, el provecho y la renta se refieren á la propiedad del capital y de la tierra, y el salario viene también á referirse á la propiedad. Si no existiese la propiedad individual y estable, desaparecería todo estímulo para la producción y el ahorro, porque el hombre no siente la fiebre del trabajo cuando no está seguro de gozar de los frutos del mismo y de dejárselos á aquellos que, cuando él muera, continuarán su personalidad. Es un

hecho innegable que el cultivo de la tierra presupone lo posesión exclusiva al menos desde el tiempo de la siembra al de la recolección, por cuanto no es presumible que uno quiera sembrar para que otro recoja. La alternativa de cosechas, tan necesaria para la productividad de los campos, cuyas fuerzas restauran, es objeto de *ars longa* y requiere la posesión continuada. El cultivo más activo, que supone el resarcimiento de los gastos y además la obtención de un cierto excedente, no es posible sin la certeza del porvenir. Ni es posible que nadie sepa determinar el momento en que la renta de la tierra comienza á ser un excedente, porque en la industria rural, lo mismo que en la vida, el hoy es la continuación del ayer y la iniciación del mañana, y cuando se cierra un ciclo de producción comienza otro con nueva acumulación de capital. La posesión exclusiva y continua de la tierra tiene su raíz, por tanto, en la ley de la civilización y de herencia, y es una forma de tejido conjuntivo del organismo social, como observa Lampertico, en el libro *La Propiedad*. Establecida la propiedad privada, no se puede por menos de tener un aumento de producción: aumentando la cantidad de las riquezas, el Estado y los cuerpos morales adquieren mayor número de fuentes económicas, con lo cual tienen manera de difundir mejor y más ampliamente los bienes sociales. La propiedad privada á favor de los consumidores admite la concurrencia de los productores, la cual no existiría ó sería muy restringida en el sistema de la propiedad colectiva.

Los socialistas de algunos años ha decían que la propiedad inmueble era la usurpación del derecho de caza, de pastos y de recolección. Los de hoy repiten la misma acusación bajo diferente forma; pues, en efecto,

sostienen que la tierra, las minas y los bosques no pueden pertenecer á nadie supuesto que no son productos del trabajo humano. Lo cual es verdad en tanto en cuanto estas cosas no tienen valor real, esto es, hasta el momento en que no aparece la mano del hombre é imprime la huella de su individualidad; pero cuando semejante huella ha sido impresa, el valor se ha formado ya y la propiedad no puede menos de surgir. Producir no es crear; Marx mismo, en su obra *El Capital*, cita un pasaje de Verri para demostrar que todos los fenómenos del universo no nos dan la idea de creación, sino la de modificación de la materia, y que el hombre no puede hacer otra cosa más que juntar y separar los elementos naturales. Ya la pretendida usurpación de los primeros ocupantes no quitó, sino que dió terreno á los demás, puesto que se necesita menor espacio para procurar medios con qué vivir á una familia con la agricultura que con el pastoreo nómada y la caza. Los colectivistas añaden que con el sistema de la propiedad inmueble se hace á la humanidad tributaria de pocos privilegiados, y en beneficio de éstos se emplean la fuerza colectiva y las máquinas, que debieran redundar en provecho de las clases obreras. Mas á nosotros nos parece que no hay sombra de tributo allí donde los productos se cambian por productos, porque el tributo es un valor pagado, cuyo equivalente no se recibe. Ahora, los productos industriales se cambian por los productos agrícolas de igual valor, y por consecuencia, no hay tributo. El afirmar que la fuerza colectiva y las máquinas deben corresponder exclusivamente á los obreros es lo mismo que profesar tendencias disolventes y miras unilaterales, cuando se declama en favor de la humanidad, de la sociedad, del colectivismo, etc.

Los socialistas combaten la propiedad privada, haciendo un argumento del excedente que corresponde al dueño de la tierra, que no depende del trabajo ni del capital, y que se denomina renta, terrático, etc. Si este excedente es un don de Dios, debe permanecer siendo gratuito, dicen, y no puede ser objeto de apropiación particular; bajo este respecto, la propiedad es un hurto y la renta un monopolio. No pocos economistas, á la cabeza de los cuales está Bastiat, queriendo poner al abrigo de todo ataque la causa de la propiedad amenazada, niegan resueltamente la renta y enseñan que la cooperación de las fuerzas naturales de la tierra es gratuita y sigue siendo gratuita en el sistema de la propiedad, porque no entra en el precio que el consumidor paga al propietario. Este recibe con la renta lo que en la tierra ha invertido de capital y de trabajo; nada más. Tanto los socialistas como los economistas no han reflexionado que los bienes sólo adquieren carácter económico cuando forman parte de una cantidad limitada. Las verdaderas riquezas son las que satisfacen las necesidades y se pueden cambiar ó permutar. La permutabilidad exige que las cosas sean exteriores á los permutantes, accesibles al hombre y en cantidad limitada; pues si fuesen inseparables de las personas y el hombre no pudiera poseerlas, el cambio sería imposible, por cuanto faltaría el fin; y lo propio sucedería si fuesen tantas en número que cualquiera pudiese obtenerlas en todos los momentos sin trabajo. La ley de la limitación, que Cossa explica en los *Elementos de economía* y en sus memorias, se advierte más ó menos en todos los ramos de la producción, porque las fuerzas naturales no se distribuyen por doquiera igualmente, sino que difieren siempre en cualidad y cantidad, y también porque la

abundancia ó la escasez de capital y de brazos, la proporción entre el capital fijo y el circulante y entre el trabajo manual y el intelectual determinan variamente la industria. Cuando se habla de bienes capaces de un aumento indefinido, no se desmiente ni se niega la ley de la limitación, puesto que estos bienes son tales sólo relativamente á los otros de cantidad más limitada. Como los productos de las manufacturas se pueden multiplicar bastante más que los del suelo, pertenecen á la primer categoría, si bien su misma multiplicación encuentre límites naturales en el agua, en el aire, en el carbón fosil y en el viento. De la diversa combinación entre la cualidad y la cantidad de estos límites proviene la diferencia del rédito en general y de la renta en particular. La renta se muestra más claramente en la propiedad de los terrenos y de los edificios, porque en estas cosas domina más la ley de la limitación; tiene, en cambio, lugar constantemente allí donde se obtiene un excedente, no debido al capital y al trabajo, sino á la coexistencia de producciones de la misma especie, que suponen diferente costo. La producción que tiene un coste más elevado es la que señala el valor normal cuando las demás no pueden atender á todas las necesidades del mercado. La renta es aquella porción que gana demás el productor que tiene que hacer menos gastos. Dicha renta proviene de elementos naturales y artificiales; pero estos últimos deben incorporarse al objeto (por ejemplo, al suelo), de suerte que no constituya un capital distinto del mismo. El sitio, la riqueza del suelo y la fertilidad son elementos naturales; pero no es ajena en ellos la mano del hombre y la obra de la civilización, por cuanto el sitio se liga con las comunicaciones, la riqueza de la tierra es renovada por la cien-

cia y la fertilidad es potencia que imprime en parte el hombre cuyo trabajo en semejante caso debe haber perdido su individualidad y se debe haber incorporado al suelo. La renta que no es toda ella efecto de las fuerzas de la naturaleza ó de condiciones dependientes de la acción humana representa una preeminencia; pero es muy análoga á la que el fondo de la naturaleza humana trae desde el nacimiento y recibe de la educación. Solamente aquel que no sabe explicarse las diferencias naturales entre hombre y hombre y está preocupado con la identidad hallará injusto el fenómeno de la renta. Pasini, citado por Lampertico, nota á este propósito que hay siempre quien tiene aptitud para llevar á cabo un trabajo más ventajoso, quien puede disponer de un capital mayor y quien tiene la propiedad de un terreno más fertil. Bajo el aspecto económico-jurídico, tanto existe la propiedad del trabajo y del capital cuanto la propiedad de la tierra. El cultivador que realiza un trabajo más limitado y tiene un capital más pequeño, y por esto mismo obtiene un resultado menor, no puede decirle al cultivador que tiene mayor capital y que es capaz de hacer un trabajo más beneficioso que la diferencia existente entre ellos no sea legítima. Además, la renta no es un fenómeno injusto por otra razón, á saber: que es un excedente que se reduce á una compensación por los cambios y alteraciones pasados y futuros del fundo productivo, y se resuelve en una especie de seguro, no recíproco, no del Estado, sino del propietario para consigo mismo. La renta disminuye á medida que aumentan los productos; aumento que, como se ha visto, se obtiene con el sistema de la propiedad privada. Esta no es causa de la renta, la cual proviene de la elevación de los precios, pero la

acompaña y hace que se le atribuya únicamente al propietario. Aun en el caso en que no existiera la propiedad privada, si para satisfacer las necesidades de la población coexistieran cultivos que tuvieran coste diferente, la renta no podría menos de mantenerse en pie.

Si se quiere estudiar el tema de la propiedad privada de la tierra, aun bajo el aspecto económico, conviene detenerse un tanto sobre dos teorías recientes y de importancia, la de George y la de Loria. Para la filosofía del derecho no debe pasar desapercibido el carácter concreto y real de los hechos sociales, cuya estructura económica es un supuesto natural de las relaciones jurídicas y de las instituciones civiles. George, el representante del socialismo científico americano, confunde también las restricciones á la propiedad privada, cuyas apariencias conserva, con la absorción. En el libro *Progreso y pobreza* pregunta: ¿Por qué allí donde el progreso es mayor es mayor la miseria? ¿Por qué con el gran aumento de la potencia productiva las mercedes tienden al *minimum* necesario? La economía política corriente, como llama George á la doctrina clásica, contesta que como los salarios están determinados por el número de los obreros y por la parte de capital destinada á pagar el trabajo, descienden porque el número de los obreros tiende á superar el aumento del capital. Semejante respuesta, dice George, depende de dos teorias erróneas, de la teoría del fondo de los salarios y de la de Malthus acerca de la población. No es verdad que las mercedes se saquen del capital, sino que se sacan del trabajo productivo; no es el empresario el que anticipa al obrero, sino que es el obrero quien anticipa al empresario. Si cada trabajador crea el fondo de donde

se saca el salario, claro es que las mercedes no pueden disminuir con el aumento del número de obreros. Como la eficiencia del trabajo aumenta con el número de los obreros, cuantos más de éstos haya más altas deberán ser las mercedes, siempre que las demás condiciones continúen siendo iguales. Los hechos demuestran que las naciones más ricas no son aquellas en que la naturaleza es más pródiga, sino aquellas que se distinguen por un trabajo más productivo; y que al aumento de población corresponde un aumento en la producción media de la riqueza. La causa de la diminución de los salarios y de la creciente pobreza cuanto mayor va siendo el progreso, no debe buscarse en las leyes de la producción, sino en las de la distribución. La renta inmueble no representa en modo alguno un auxilio dado á la producción, sino sólo el poder de asegurar para sí una parte de los resultadcs de la producción. La ley del fenómeno de la renta se encuentra en la teoría de Ricardo, que George formula de un modo más amplio, en los siguientes términos: La propiedad de un agente natural de la producción dará el poder de apropiarse otro tanto de riqueza producida por el trabajo y por el capital aplicados al mismo, cuanto exceda el rédito que la misma suma de trabajo y de capital podría obtener de las ocupaciones menos productivas á que puede aplicarse libremente. Tanto los intereses como las mercedes son determinados por el límite del cultivo; la renta se eleva cuando el límite del cultivo desciende, y baja cuando este límite se eleva; los intereses y los salarios bajan si el límite de cultivo desciende, y se elevan cuando éste se eleva. El movimiento de la renta es progresivo, mientras que no lo es el de las mercedes y de los intereses, los cuales disminuyen. La renta

crece por el aumento de la población, por el progreso de las artes y de los cambios y por el desarrollo de la especulación. La renta se traga lo que las mercedes y los intereses pierden. Unos y otros no dependen del producto del trabajo y del capital, sino de lo que queda una vez deducida la renta. En otros términos, las mercedes y los intereses dependen del producto que podrían obtener sin pagar renta, ó sea de la más pobre de las tierras cultivadas. Por tanto, sea cual sea el aumento de la potencia productiva, si la renta aumenta paralelamente, las mercedes y los intereses no podrán aumentar. Los propietarios se enriquecen y todos los demás se empobrecen; el único remedio al mal es confiscar la renta mediante un impuesto único que debería absorberla toda. La confiscación de la renta es un remedio instrumental que prepara el remedio final, ó sea la *nacionalización* del suelo y el reconocimiento del igual derecho de todos á la posesión colectiva de la tierra. Esta es, en pocas palabras, la doctrina de George.

Esta doctrina se funda en gran parte sobre hechos que no existen, y ante todo carece de base concreta. Como ha observado Rae, en su libro sobre *El Socialismo contemporáneo*, no es exacto que con el progreso los pobres se hagan más pobres y aumenten. Donde quiera que hay civilización y progreso, el número de pobres disminuye, se desarrolla más ampliamente la existencia, el nivel medio del bienestar se eleva y se alarga la duración de la existencia humana. Si en las grandes ciudades civilizadas se ven muchos pobres, es porque los campos suministran un gran contingente de los mismos. Es natural que en aquellos lugares en que se agrupan inmensas riquezas, los pobres aparezcan más miserables de lo que realmente lo son.

La verdadera señal de la miseria creciente la constituye la restricción del número de las cosas que se estiman necesarias para la vida y el aumento de las dificultades para proporcionárselas. La experiencia nos muestra que en los tiempos de progreso económico crece el número de las satisfacciones, á las cuales no se quiere renunciar, y hay facilidad de obtenerlas, cuando no se dan condiciones excepcionales. El obrero está hoy habituado á tener muchas cosas que cien años hace era locura esperar; y este tenor de vida, cambiado por efecto de la civilización, se calcula en el salario. No es cierto el envilecimiento de las mercedes; antes bien, éstas han crecido más ó menos, según lo van demostrando investigaciones de varias clases que todos los días se están verificando. Compárese la época actual con la de hace cincuenta años, y se verá el aumento efectivo de los salarios, aun habida consideración del cambiado valor de las cosas y de la moneda. Y si no hay diminución general de mercedes, falta la causa de la pobreza persistente, según George; el cual yerra al no considerar todas las demás causas de la miseria, como la imprevisión, el alcoholismo, el derroche, los desastres, las enfermedades y las muertes. Ni es cierto que el envilecimiento de los salarios sea producido por el aumento constante de la renta inmueble, que absorbe automáticamente la mayor parte del rédito social, puesto que vemos que las mercedes agrarias han aumentado doquiera ha tenido lugar el aumento de la renta inmueble. La estadística nos enseña que la renta no se halla hoy con la riqueza nacional y con la producción agraria en una proporción más elevada de lo que lo estaba antes, y que los salarios no están en una proporción menor. La teoría que George sustituye á la

ya abandonada de los fondos de los salarios es errónea, puesto que no es verdad que las mercedes sean siempre sacadas de la producción misma sin que el obrero anticipe al empresario. En la realidad ocurre la mayoría de las veces que el valor dado al obrero en cambio de la merced no es comerciable para el empresario hasta el tiempo en que el producto no está concluido y puesto á la venta. A veces transcurren años antes de que el empresario saque del producto lo que ha gastado en materias primeras y en salarios. Tampoco es sostenible la otra teoría de George acerca de la población, por hallarse fundada sobre la falsa suposición de la ilimitada capacidad productiva de la tierra. Ciertamente que la tierra no faltará nunca, pero su capacidad productiva no es indefinidamente progresiva. Entre el aumento de la renta y la diminución de los salarios no hay relación de causa á efecto: la renta y los salarios sufren ordinariamente las mismas vicisitudes favorables ó desfavorables. A menudo vemos que con el aumento de la renta crecen los provechos y los salarios, y con la diminución de la misma disminuyen los unos y los otros. Es imaginaria la absorción de una cuota siempre creciente del rédito social por parte de la renta, la cual, si tiene tendencia á crecer con el aumento de la población, que impulsa á los hombres á cultivar tierras menos fértiles, no puede ser verdaderamente una facultad absorbente, por los grandes progresos técnicos de la producción agraria, que tratan de aumentar cada vez más la fertilidad y las fuerzas naturales del suelo. Además, la mayor parte de la riqueza moderna no está concentrada en las manos de los propietarios, ni tampoco se aumenta exclusivamente por el hecho de la renta. La industria y el comercio son sin duda al-

guna causas poderosas de su extraordinario desarrollo actual.

Se ha observado que George pone fuera de cuestión la clase que en nuestros tiempos se apropia la máxima parte de la riqueza social, ó sea la clase de los capitalistas y de los empresarios, á los cuales les corresponden los intereses y los provechos. George llama mercedes á los provechos, é intenta someterlos á la ley de los salarios, siendo así que unos y otros están regulados por leyes distintas, y á veces opuestas. ¿Quien puede desconocer la lucha que hay entre ellos? Según Ricardo, primero se pagan las mercedes y los intereses, y luego se saca la renta, que es un supraprovecho, y representa precisamente lo que queda después de hacer la deducción indicada. George, por el contrario, cree que los salarios y los provechos son determinados por la renta, siendo así que esta supone la deducción previa de las cuotas correspondientes al trabajo y al capital. Según Ricardo, advierte Rae, la renta de la tierra no constituye ninguna parte del precio del pan, y su elevación no es la causa del alto precio de éste; por el contrario, el alto precio del pan es lo que hace elevar la renta. El precio del pan no depende de la voluntad del propietario, sino que deriva del aumento de la población y de las decrecientes cosechas en la producción agraria. George parte de ideas absurdas, puesto que cree que el aumento de la población viene á multiplicar la oferta de las subsistencias y que no puede haber una constante cosecha decreciente en agricultura, por cuanto la materia es eterna. Olvida la ley de limitación relativamente á la producción y confunde la eternidad de la materia con la ilimitada capacidad productiva de la tierra. La materia será eterna, y dicha capacidad productiva es limitada:

estos dos conceptos no se excluyen lógicamente. George opina que allí donde se verifica el hecho de la abundancia de tierras no apropiadas, la renta será baja y las mercedes serán altas, porque nadie querrá trabajar sobre otra cosa para obtener menos de lo que se podría obtener de la tierra comprada por poco precio. Ahora, si se admite que tal facultad de elección haya existido y haya influido sobre la medida de los salarios pagados por los empresarios á los obreros, no hay duda de que los salarios han crecido en detrimento de los provechos. En semejante hipótesis, no es posible pensar que los provechos hayan crecido, porque la contradición no lo consiente. Sabido es que para George, en el caso de la abundancia de las tierras libres, la renta baja, mientras que las mercedes y los intereses, considerados por él como incremento natural y legítimo del capital, crecen. No hay que olvidar que George trata siempre de someter á la misma ley estos tres términos, que son distintos, para contraponerlos luego á la renta. El remedio propuesto, de la confiscación de la renta mediante el impuesto único, no es actuable, porque nadie puede discernir en el fondo productivo los elementos propios de la renta de los que dependen del trabajo y del capital. La *nacionalización* del suelo no puede hacer á la tierra más productiva, á juzgar por las condiciones económicas de aquellos Estados americanos que poseen gran parte del suelo cultivable, con relación á los efectos de la introducción del desarrollo de la propiedad privada de la tierra en otros Estados del mismo país. ¿Acaso no hay mucha y muy honda miseria en los Estados americanos que tienen todavía á su disposición vastos territorios? El mismo George no niega este hecho; solamente trata de explicarlo. El equívoco en que cae,

como otros muchos escritores, consiste en mirar el suelo agrícola como un don de Dios, olvidando que la tierra únicamente se convierte en un valor cuando el hombre aplica á ella su propia actividad, la descuaja, la abona, la cultiva y la convierte en un instrumento productivo. El suelo cultivable es una verdadera producción del hombre, como cualquiera otra cosa sobre que se ejercita la actividad de la persona humana. Es extraño que George reconozca la propiedad privada de todas las demás cosas, aun de las construcciones, las cuales en los grandes centros dan réditos bastante superiores á los de los fundos rústicos, y niegue la propiedad privada de la tierra, la cual no es un don de Dios más de lo que puede serlo un producto artificial. George propone una restricción de la propiedad de la tierra, que equivale á la absorción, puesto que quiere la confiscación de la renta. Y la misma confiscación de la renta se halla destinada á preparar la *nacionalización* del suelo, confiscación de la propiedad privada. La tierra puede convertirse en materia de propiedad, á semejanza de cualquier otro objeto, y figurar como órgano, como proyección, como investidura de la persona. Se diferencia de las demás cosas porque experimenta más la ley de la limitación natural, y no entra en la categoría de los bienes que se pueden multiplicar indefinidamente. Su mayor capacidad productiva presupone como condición necesaria el sistema de la propiedad privada. En este punto se enlaza la economía social con el derecho, el cual debe organizar la propiedad privada de la tierra, de tal suerte, que se obtengan de ella la mayor suma de ventajas para el individuo y para la sociedad.

Loria, en su escrito *La Tierra y el sistema social,* comprende todas las teorías relativas al sistema eco-

nómico en tres grupos principales: unas de ellas refieren los fenómenos económicos al hombre, otras los deducen del sistema técnico, y otras de las condiciones de la naturaleza exterior, ó más generalmente de la tierra. La teoría que refiere los fenómenos económicos al hombre es el dogma de la ciencia ortodoxa: afirma que el orden de tales fenómenos es el necesario é inmutable producto de la naturaleza misma del hombre y del interés personal, que forma tanta parte del mismo. Ahora, esta doctrina es impotente para explicar la diversidad de las relaciones históricas de las varias épocas y la maravillosa evolución de las formas sociales, porque el interés personal es inmutable en las diferentes edades, es refractario á la acción modificadora de la historia. Las teorías que corresponden al segundo grupo consideran á las relaciones sociales como el producto del sistema técnico dominante, y se diversifican en la teoría socialista y en la mercantil. La primera hace corresponder á una determinada etapa del instrumento productivo un sistema de producción y una serie de especiales relaciones económicas, que son las que constituyen y á las que se acomoda todo el modo de ser de la sociedad. Mas la evolución de los métodos productivos engendra un cambio radical del instrumento técnico, que hace intolerable el sistema antecedente de produceión y de economía. En este caso, la forma económica envejecida es destruida por una revolución social y sustituida con una forma económica superior, que responde á la nueva fase del instrumento productivo. Este ha pasado por cuatro etapas, á las cuales corresponden otras tantas formas de relaciones económicas, á saber: la economía asiática, la antigua, la feudal y la burguesa. El progreso incesante del instrumento productivo hará

muy pronto intolerable esta última forma económica, para sustituirla con una más perfecta, con la propiedad colectiva del terreno y de los medios de producción. La segunda forma de esta teoría explica las relaciones económicas por medio de las condiciones de los cambios y por medio de la constitución comercial. De estas dos doctrinas pertenecientes al segundo grupo, no puede seguirse ninguna, porque la socialista no ha visto que el mismo instrumento técnico debe tener también una causa, debe depender de algún elemento anterior, y que el mismo, aun siendo imperfecto, puede asociarse á una forma económica superior. La teoría socialista no explica la razón por la que en el período del instrumento enano debe existir la esclavitud y en el período de las máquinas el salario, en vez de la propiedad colectiva. Y la teoría comercial no se apercibe de que las condiciones del cambio son hechos derivados, consecuencias del sistema económico, y no verdaderas causas.

El elemento primordial y la verdadera causa de las relaciones sociales es la tierra, según Loria. La tierra, como elemento productor, es la causa primera de los hechos económicos, á diferencia del instrumento técnico, que es un fenómeno derivado; y es también causa evolutiva, á diferencia del interés personal, que es inmutable en su estructura y en su intensidad. La tierra es el fundamento del sistema económico, es el principio supremo de la economía política, la cual es una mera deducción natural del análisis de la propiedad inmueble. La teoría de la tierra comprende la ley de las leyes, porque explica los organismos sociales, sustancialmente diversos, que se han sucedido en la historia, y da la razón primera de las varias leyes históricas que han regido aquellos organismos. Esta

ley suprema es ley de movimiento, puesto que tiene por objeto las condiciones continuamente mudables de la ocupación y de la productividad de la tierra, y no el hombre cristalizado en la inmutabilidad de su carácter y de sus tendencias. El análisis de la propiedad inmueble puede resumirse, en sus resultados generales, con las mismas palabras de Loria. Cuando existe tierra libre; cuando cada cual puede, apenas lo quiera, ocupar una tierra y emplear en ella por su propia cuenta trabajo y capital, la propiedad capitalista es imposible, porque no habrá trabajador alguno dispuesto á producir para un capitalista. Si la productividad de la tierra es elevada, los productores no tienen necesidad de asociarse y limitar su propia independencia; por lo que la forma económica necesaria es la economía disociada de los productores independientes. Si, por el contrario, la productividad de la tierra es poca, los productores están dispuestos á asociarse para aumentar la productividad de su trabajo; por eso, la forma económica necesaria en tales condiciones, ó es la asociación propia de los productores que trabajan juntos (dividiendo el producto en partes iguales), ó es la asociación mixta de productores y trabajadores simples (dividiendo también el producto en partes iguales). En todo caso, la partición de la sociedad en una clase de capitalistas no trabajadores y otra de trabajadores no capitalistas es imposible existiendo tierra libre, porque es imposible la percepción de un provecho por parte del capitalista inactivo. La formación de esta especie de provecho se obtiene tan sólo con la supresión violenta de la tierra libre, cuando la población está diseminada y no puede lograrse la ocupación total de la tierra. Pero con el incremento incesante de la población todas las tierras

cultivables son ocupadas, el trabajador pierde de pronto aquella opción que constituía su defensa contra las usurpasiones del capital, y se ve obligado á dejar en manos del capitalista la parte mejor del producto. En este punto aparece el provecho, no ya violento, sino automático, debido á la apropiación de la tierra, que priva al proletario de la opción. La base de la propiedad capitalista es siempre la supresión de la tierra libre, la exclusión del trabajador de la tierra; por el contrario, la tierra libre determina la destrucción de la propiedad capitalista. Por efecto de las crecientes exigencias de una población progresiva, se hace intolerable la forma económica vinculadora, que se funda sobre la propiedad predial, y, por consiguiente, la tierra libre deberá reconstituirse, esto es, deberá establecerse la propiedad libre del terreno, reconociendo á todo individuo el derecho de ocupar la extensión de tierra que cultive con su trabajo. Sobre la base de la propiedad libre de la tierra se fundará la asociación mixta, y con ella la forma económica adecuada y el equilibrio social.

La crítica que Loria hace de las diferentes teorías no es exacta, ni su doctrina nos parece verdadera. ¿Cómo es posible combatir la teoría que pone como base de las relaciones sociales y económicas la naturaleza humana, si la sociedad es el hombre en grande, y si la riqueza, que es el objeto de la economía política, se refiere al obrar del hombre y supone sus necesidades, sus fines y sus actividades dirigidas á la producción de medios de satisfacción? El concepto de la riqueza es absolutamente inseparable del hombre individual y social. El concepto del hombre comprende la esencia humana, no como un principio quiescente, sino en cuanto se halla trabajada por un movimiento

interno, siempre continuo y progresivo, gracias al cual llega por grados á ser lo que debe ser. Este movimiento, que se une también á la acción de factores externos, constituye la historia; y la naturaleza humana no es inteligible fuera de la historia en que se desarrolla, sin perder jamás sus caracteres fundamentales, que la distinguen de un modo específico. A pesar de la diversidad de las relaciones históricas de las varias épocas y de la maravillosa evolución de las formas sociales, el hombre será siempre tal: siempre tendrá tendencias más ó menos individuales, impulsos, ora débiles, ora fuertes, de simpatía hacia sus semejantes. La individualidad y la sociabilidad son formas esenciales de la naturaleza humana, que no desaparecen jamás, si bien revisten varias apariencias y modalidades en los diferentes tiempos y se combinan de manera siempre distinta. La historia del hombre es la historia de estas sus formas; la evolución humana es el desarrollo de las mismas. No es exacto que el interés personal sea inmutable y refractario á la acción modificadora de la historia: antes bien sufre las mismas vicisitudes que los sentimientos y que el desarrollo de las tendencias, las cuales, desde el ciego y primitivo egoismo se elevan hasta el altruismo egoísta, como dice Spencer. La individualidad no se destruye, sino que se modifica, y, por tanto, no es absurdo admitir la persistencia de algunos elementos que expresan inmediatamente sus caracteres. La economía política y el derecho, que se apoyan sobre la naturaleza humana, no pueden por menos de considerar el interés personal y los poderes de la persona individual. La economía debe fundarse especialmente sobre el interés personal, sin descuidar las otras tendencias individuales diferentes del interés personal y las socia-

les que influyen sobre la riqueza, según antes hemos observado. El derecho privado debe informarse esencialmente en la idea de la personalidad individual, aun reconociendo los vínculos naturales que ésta tiene con la sociedad; pero no puede estar penetrado todo él de la idea social, pues si así fuera, dejaría de ser derecho privado. Unicamente el socialismo tiende á suprimir la individualidad en la economía y en el derecho, mutilando la naturaleza humana. No es exacto el considerar como inmutable la tendencia al interés personal, pues, para ser lógicos, la tendencia al interés colectivo puede concebirse con el mismo carácter. Si la inmutabilidad debe considerarse como permanencia de las notas necesarias por virtud de las cuales una cosa se distingue de otra, fuerza es concluir que el interés social es también inmutable, puesto que conserva siempre la misma naturaleza y tiene continuamente por término el bien general. Cuanto á la crítica que Loria hace de las teorías del segundo grupo, y especialmente del socialismo, conviene observar que el principio primero de este sistema no consiste verdaderamente en el instrumento técnico. Seguramente, el socialismo ha puesto de relieve, y aun exagerado, la conexión entre el instrumento técnico y la forma de las relaciones económicas. El socialismo no habrá visto que un instrumento imperfecto puede asociarse á una forma económica superior, y no habrá explicado rigurosamente la razón por la que en el período del instrumento enano debe existir la esclavitud, y en el de las máquinas el salario. Pero no es lícito negar que el socialismo se haya elevado sobre la idea del sistema técnico y haya buscado su base en la naturaleza humana. El socialismo en todas sus fases ha partido del concepto del hombre en grande y se ha mos-

trado enemigo de la libertad del individuo. Ha considerado á la naturaleza humana abstractamente, esto es, por el lado de sus potencias originarias é iguales en todos, ó de sus poderes teóricos y finales, como dice Romagnosi, y no ha comprendido bastante el valor de las facultades adquiridas y de los poderes prácticos, que derivan del diferente carácter del hombre individual y de su varia actividad. Estos poderes prácticos ponen en acto los poderes finales, y representan un proceso completo de individuación en cuanto experimentan los efectos de todas las modalidades nativas y artificiales de la persona individual, y las diferencias que nacen de la diversidad de las cosas. El socialismo sólo tiene en cuenta las iguales potencias del hombre y los agentes comunes del mundo sensible, descuidando el término medio del poder práctico, y por eso al capital privado viene á sustituir la posesión colectiva de los medios de producción.

La tierra no puede ser el principio supremo de las relaciones económicas, como pretende Loria, sin invertir los factores de la producción y las premisas de la ciencia de la riqueza. El capital y las fuerzas naturales son instrumentos de la producción, el uno derivado y las otras originarias, y presuponen al hombre. Sin el hombre no existiría el capital ni la tierra como elemento productor; la tierra existiría sólo físicamente, no económicamente. El hombre no es un mero coeficiente de la producción, sino que es el sujeto, la causa primera y el fin de la misma. La tierra puede convertirse en causa evolutiva, en cuanto el hombre obra sobre ella y le comunica valor. Su evolución no es física, sino económica; se mueve en cuanto el trabajo la modifica sucesivamente, y la hace cada vez más apta para la satisfacción de las necesidades humanas. No es

verdad que de las tres premisas de la economía clásica, el interés personal, el impulso á la procreación y la limitación en la productividad y en la extensión de la tierra, las dos primeras sean constantes y sólo la tierra sea variable, manifestándose en una serie de grados sucesivos. Pues el interés personal cambia según su varia combinación con los sentimientos altruistas y con el interés general, y la tendencia á la procreación es más ó menos modificada por obstáculos externos y por el desarrollo de las facultades intelectivas. Si la constancia del interés personal y del impulso á la procreación quiere decir que el hombre desea siempre su bien y tiende á multiplicarse, hay razón para creer también en la constancia de la tercera premisa, porque la limitación de la extensión y de la productividad de la tierra, sobre lo cual tanto insiste Loria, supone esencialmente la relación con el hombre como individuo y como sociedad. La tierra es libre; pero ¿con respecto á quién? Demostrado que la teoría de la tierra no es la causa primera de las relaciones económicas, se sigue que no puede ser el principio de los hechos sociales, los cuales son más complejos. Si esta teoría no es suficiente para explicar los hechos que tocan á la riqueza, ¿cómo ha de poder explicar la evolución social? Ya hemos visto que en sociología el hecho económico no es absolutamente predominante, y lo veremos mejor aún luego al hablar de la propiedad industrial.

La teoría de la tierra libre de Loria contiene una verdadera vacilación de conceptos, porque, por un lado, parece que niega enteramente la propiedad predial, origen y fundamento de la propiedad capitalista y explotadora, y por otro, parece que el derecho de cada cual á ocupar la extensión de terreno cultivable

con su trabajo sea la propiedad libre del mismo, que el Estado debe garantizar. No se comprende bien si negada la propiedad privada de la tierra y atribuida ésta á la comunidad, el derecho de cada uno sea el usufructo; ó si, por el contrario, aquella porción de tierra que á cada uno corresponde para obtener mediante el trabajo los medios de subsistencia es un residuo de la propiedad predial. Lo mismo en el uno que en el otro caso la teoría no es nueva, y se confunde con el colectivismo, ó cona quella forma de socialismo que es consecuencia del concepto de la propiedad de la tierra como derecho detodos actuado mediante el trabajo. No se diferencia de la una ni de la otra doctrina por lo que toca á la intervención del Estado, porque ésta se requiere siempre para la expropiación total de la tierra ó para la limitación de la propiedad inmueble, según las necesidades de los seres humanos y el trabajo de cada cual. Aun en la hipótesis de la tierra libre ó de la propiedad libre de la tierra, como dice Loria, existe el fenómeno de la renta ó del excedente, porque siempre habrá unos cultivos que cuesten más que otros. ¿A quién corresponderá la renta? ¿La confiscará el Estado con el impuesto ó con el tributo que deberían pagar los concesionarios, ó redundará en beneficio del propietario trabajador y de la asociación? Fácilmente se comprende que si la renta va á beneficio del poseedor y de la asociación propia ó mixta, ó sea compuesta de sólo productores ó de productores y trabajadores, implícitamente se admite un principio contrario al de la tierra libre, de la tierra necesaria á todos, de la tierra como don de Dios. El principio contrario es la apropiación esclusiva de fuerzas naturales comunes, que no provienen del trabajo ni del

capital. Si la tierra es de todos, si no es creación del hombre, si debe ser libre, ¿cómo el individuo ó la asociación pueden hacer suyo el excedente, que es un don de Dios? ¿Y de qué manera se puede justificar la apropiación de la renta, si el fundamento de la misma propiedad libre del terreno cultivable es el trabajo, del cual no nace la renta? Dice Loria que en el sistema en que cada cual puede ocupar, tan pronto como lo quiera, una tierra y emplear en ella por cuenta propia trabajo y capital, no es posible que exista aquella propiedad que absorbe gran parte del producto en perjuicio del operario, ó sea la propiedad capitalista. El obrero tendrá una beneficiosa facultad de elección entre la posesión de una tierra y el trabajo sobre las cosas ajenas. También George presenta la hipótesis de la abundancia de terrenos libres y habla de esta alternativa ofrecida al obrero, notando que en semejantes circunstancias la renta baja y las mercedes se elevan. Pero contra George se ha observado que la alternativa no es la mejor cosa para el obrero, porque se precisa tener un capital para servirse de la tierra, y se requiere que pase tiempo antes de llegar á percibir los frutos. La observación puede dirigirse también contra la teoría de Loria, la cual no es en este punto sustancialmente distinta de la de George. La propiedad capitalista de Loria tiene el mismo sentido que le atribuye Marx, es la que explota el trabajo. Según Marx, la propiedad predial y de todos los instrumentos de la producción engendra la propiedad capitalista; y, por tanto, para él, la causa de la supresión de esta especie de propiedad no es sólo la libertad de la tierra, sino la de todos los medios de producción, como se dirá después.

CAPÍTULO VII

La propiedad forestal y la minera.

El derecho no es una fórmula abstracta, sino un principio concreto. Se origina y se desarrolla en la vida, adquiriendo diferentes formas según la naturaleza del objeto á que se refiere. Si la tierra no se debe confundir con la mina y con el bosque, es evidente que el derecho aplicable á la propiedad inmueble no es lo mismo que el que se refiere al dominio minero y forestal.

Esto supuesto, conviene indicar brevemente las funciones particulares de los bosques, las cuales pueden reducirse á cuatro. En efecto, los bosques suministran madera para las construcciones civiles y militares y leña para los usos cotidianos y para las necesidades de las artes é industrias; impiden los hundimientos de tierras, los movimientos bruscos de las mismas; evitan la evaporación de las aguas pluviales, defendiendo al suelo contra los rayos solares y custodiando amplios depósitos de agua; moderan los vientos y purifican el aire. Además, es preciso considerar que en la industria de los bosques el trabajo y el capital tienen una parte mínima, comparándola con

la que tienen en la industria agraria; pues sabido es que los bosques se abonan con las hojas caídas de los árboles sobre el terreno y se repueblan por sí mismos. Parece que la misma naturaleza quiere sustraerlos á la arbitraria disposición del hombre.

Este carácter especial de los bosques y las indicadas funciones los admiten más ó menos los representantes de los sistemas posibles acerca de la organización y regulación de la propiedad forestal, esto es, aquellos que se dicen partidarios de la absoluta libertad y los que se declaran campeones de la vinculación, sea general y constante, sea parcial y movible para ciertos casos. Los primeros están firmemente persuadidos de que la armonía de los intereses sociales con los intereses de los particulares dueños de los bosques es efecto natural del libre desarrollo de la actividad empleada en la producción de los valores, y, por tanto, afirman que el Estado debe dejar pasar. No cabe ninguna duda que estos parten de la suposición general de que el orden económico se reduce á una espontánea, inconsciente é instintiva coincidencia del interés privado con los bienes de todos. Mas esta suposición es errónea, según hemos demostrado más arriba. Los intereses humanos no son las ciegas fuerzas naturales, que también están sujetas á sacudidas, á perturbaciones, á cambios; sino que son fuerzas éticas poco dependientes de la libertad, principio efectivo de la historia. La cual implica el influjo de la naturaleza sobre el espíritu, y consiste, sin embargo, propiamente en una serie progresiva de victorias, cada vez más importantes y decisivas, del espíritu sobre la naturaleza. En semejante proceso de emancipación, la libertad celebra, para emplear algunas palabras de Vico, su divino ser ó nacimiento.

En la materia de que se trata, el interés del propietario se opone evidentemente al interés común. Supongamos que una sociedad, por las condiciones físicas del suelo en que vive, tenga necesidad de la permanencia del bosque. El dueño de éste, en obsequio al bienestar general, debería resignarse voluntariamente á dar por el pie á los pocos árboles decrépitos y comidos de insectos y á proteger y reavivar los perjudicados por los vientos y los hielos. Y si el bosque es susceptible de gran producción leñosa, el dueño y sus herederos deberían *sponte* esperar con los brazos cruzados la lentísima reconstrucción del capital, á menudo insegura, puesto que se requiere de setenta á ciento veinte años para el desarrollo de un árbol de medianas dimensiones y puesto que la masa leñosa puede sufrir los efectos de accidentes imprevistos. El particular se vería así obligado á renunciar al más pronto y mayor rédito de sus bienes, además de tener que estar sometido á aquellas cargas de que se ha hecho mención. ¿Es posible sostener todo esto? ¿Estamos, por ventura, en los felices tiempos de las normales conversiones del interés propio en heroismo ó en *altruismo,* según se expresan los secuaces de Comte? No se quieren ya vínculos artificiales, y se tiene razón en no quererlos; lo que se quiere es un orden económico fundado sobre la naturaleza, y nosotros añadimos sobre la *natura medicatrix;* y en tanto se desconocen abiertamente el carácter y las tendencias de la individualidad humana.

Beccaria escribe, en sus célebres lecciones divulgadas con el título de *Elementos de economía pública,* que la industria debería regularse por la libertad y por la concatenación de los intereses entregados á sí mismos y á su marcha natural, por la cual tienden á

equilibrarse y á reunirse. Pero añade que es necesaria la disciplina coactiva y legislativa cuando se prevea que el interés privado no llegará nunca, ó llegará muy tarde, á reunirse con el público y cuando el descubrimiento de los fraudes es lento y remoto. Partiendo de este principio, y comprendiendo la desarmonía de los intereses en la cuestión forestal, se constituyó en fuerte defensor de la vinculación y combatió la dañosísima libertad de la tala. La cual libertad es también combatida por Mengotti y por Romagnosi. Mengotti enseña que la ley, no sólo debe prohibir las acciones criminosas, sino también las imprudentes y necias que producen perjuicio. Así como no le puede ser lícito al fatuo incendiar su propia casa, cuando de este hecho no es difícil que se origine el incendio de la casa vecina y de la ciudad; y así como no puede consentirse al leproso, al apestado y al hidrófobo que circulen por las calles públicas, ni al propietario de fundos que establezca un charco de maceración de cáñamo dentro de lo habitado; así también debe prohibirse al dueño de bosques el talar y el descuajar el terreno en las pendientes de los montes, aun cuando de ello le resultare algún provecho. Tampoco Romagnosi quiere que el principio del dejar hacer y del dejar pasar se aplique á los aludes y desprendimientos, estimando que el deseo privado de ganancia debe ser contrapesado con las relaciones solidarias de la comunidad, mediante la intervención de la autoridad pública. Si hacéis reglamentos, decía, para los canales de propiedad individual, á fin de que los caminos no se vean inundados y perjudicados, ¿con cuánta mayor razón no deberéis hacerlo con respecto á ciertos desprendimientos en ciertos parajes montuosos, que esterilizan poco á poco el territorio y lo someten á peligrosas inundaciones?

La vinculación que la ley imponga no puede ser determinada por razones hipotéticas ó por opiniones no comprobadas, sino que se debe fundar sobre hechos plenamente demostrados y perjudiciales á la sociedad, tratándose de limitar el dominio libre de los individuos. Ahora, como la vinculación debe depender de tales hechos, es preciso que se establezca de manera que impida los daños que de ordinarío se originan para el curso de las aguas, para la agricultura, para la industria y para la consistencia territorial ó geográfica, de la tala y del descuajamiento. Y nadie *sanae mentis* puede negar que los bosques contribuyan á la permanencia y á la regularidad de los manantiales, tan útiles á la agricultura y á la industria. Ni hay tampoco nadie que pueda poner en duda el influjo de los bosques sobre la consistencia geográfica. Humboldt observa que los árboles influyensobre la abundancia de las fuentes, no como se cree generalmente, por una particular atracción de los vapores esparcidos en el aire, sino porque defienden el suelo contra la acción directa del sol y disminuyen la evaporación de las aguas pluviales. La destrucción de los bosques es causa de que los lechos de los ríos queden secos durante una parte del año y se conviertan en torrentes cuando caen sobre las alturas grandes lluvias. Desaparecidas las hierbas y las raices de las cimas de las montañas, desaparecido el musgo, las aguas pluviales, que ya no encuentran obstáculos en su curso, arrastran las tierras convertidas en lodo y forman las crecidas subitáneas, que devastan los campos. La destrucción de los bosques, la falta de fuentes permanentes y la existencia de los torrentes son tres fenómenos íntimamente relacionados. Marsh advierte, en el libro *El Hombre y la naturaleza*, que con la desaparición de

los bosques, la precipitación se hace irregular y que las nieves y las lluvias primaverales, no absorbidas por un terreno vegetal, poroso y esponjoso, corren sobre la superficie helada y descienden por los valles hacia el mar, en vez de empapar un lecho de tierra reposada y conservar una provisión de humedad, para alimentar las fuentes permanentes. Desnudo el suelo de su tapete de hojas, el arado lo desmorona y lo aligera; se le limpia de las raicillas fibrosas que tenían unidas y compactas sus partes, y el sol y el viento lo enjugan y pulverizan. La superficie de la tierra no es ya entonces una esponja, sino un montón de polvo, y las corrientes que las aguas del cielo le echan encima se precipitan por las pendientes arrastrando consigo gran cantidad de partículas terrosas que aumentan la fuerza mecánica de la corriente y su acción erosiva. Esta cantidad, aumentada con la arena ó con pedruscos de los desprendimientos, llena los lechos de los arroyos, haciéndoles tomar nuevas direcciones y obstruyendo su desagüe. Los riachuelos, privados de su primero y regular alimento y privados de la sombra protectora de los bosques, se evaporan, y de esta suerte disminuyen las corrientes estivales, cambiándose en el otoño y en la primavera en torrentes devastadores. De tales causas provienen un constante rebajamiento de las tierras elevadas y un notable levantamiento del lecho de los ríos y de los lagos. Reclus, después de haber observado que los troncos reunidos de los bosques son la mejor tutela contra toda especie de desprendimientos, recuerda que allí donde se han destruido los bosques han desaparecido los hombres. La segur del leñador, no menos que la espada del conquistador, ha diezmado y hecho emigrar á pueblos enteros.

La necesidad de la vinculación para conservar las fuentes y la consistencia territorial está plenamente demostrada aun por los escritores italianos. El citado Mengotti, por ejemplo, dice que la naturaleza, cuando no es contrariada por la imprudencia de los hombres, viste por sí misma y cubre espontáneamente de variadas plantas frondosas las cimas y las laderas de las montañas. Este es precisamente el medio más eficaz que la misma emplea para detener las aguas de las lluvias y de las nieves, de suerte que no pueden precipitarse de un golpe sobre los valles y producir subitáneas y grandes riadas. Es sin duda inmensa la cantidad de agua que un gran bosque retiene con sus raíces, cepas, cortezas, ramas y hojas, y con los admirables medios de que las plantas están rodeadas. La densidad de las hojas conformadas á manera de copos en el pino y en el abeto, las numerosas especies de sus ramas cada vez más largas y extensas de arriba abajo, grado á grado, de estación á estación, la misma escabrosidad de la corteza, el humor gomoso y pegajoso que tienen estas plantas, todo ello las hace muy á propósito para oponer á las aguas del cielo obstáculos, represas, contenciones. Stoppani opina que los desprendimientos pueden ser producidos casi exclusivamente por las filtraciones y por la circulación subterránea de las aguas. Ahora, los bosques, en primer lugar, ligan el terreno movedizo con la red que forman las raíces; en segundo lugar, las aguas pluviales no pueden caer directamente sobre el suelo, antes bien, no pueden llegar á él sino con cierta lentitud á través de aquella especie de filtro; y es natural que en el caso contrario adquiera mayor potencia la erosión. Messedaglia dice que hay algunos efectos que se imputan á la tala de los bosques, los cuales pueden aceptarse de

un modo incontestable mediante la observación ó el estudio concreto de las correspondientes localidades. Tales son, según las circunstancias, la depresión de las vertientes de los montes, la desaparición en algunos casos de las fuentes, máxime de las menos profundas; la formación de torrentes, la alteración más ó menos grave del régimen de las aguas torrenciales y el levantamiento de los álveos en una cierta extensión. Si se trata simplemente de comprobar la existencia de tales efectos en lugares determinados, ya se comprende que puede al efecto bastar la atenta consideración de los lugares mismos y la comparación (no difícil en la mayor parte de los casos) con otros lugares en iguales ú opuestas condiciones, ó bien con el estado de los mismos en otro tiempo, cuando tal estado sea perfectamente conocido. Y si, saliendo de los términos limitados dichos, se quiere ampliar el argumento al conjunto de las condiciones meteóricas é hidráulicas de un extenso territorio, entonces la cuestión se hace á menudo muy intrincada, por referirse á hechos dependientes de varias causas locales. En esta hipótesis, la solución no siempre queda completamente demostrada, y mucho menos puede elevarse á doctrina general. Así, no es posible examinar positivamente el influjo de los bosques sobre la cantidad y sobre la repartición anual de la lluvia, sin tener en cuenta la proximidad de vastas cuencas evaporadoras, el grado de temperatura, los vientos dominantes y la estructura topográfica de la superficie. Puede también suceder aqui que la influencia de los bosques sea superada por otros factores. Cuanto á la acción de la vegetación arbórea sobre la repartición de la lluvia en el año, ó en general de periodo en período, debe también tomarse en consideración otras

causas determinantes, como la temperatura, los vientos, el orden cósmico de las estaciones y la diferente latitud geográfica. Cuanto á la velocidad del agua, puede ser eficacísima la condición de que el suelo esté poblado de árboles ó que no lo esté; pues, en efecto, los bosques modifican la absorción y detienen la velocidad de los torrentes (sobre todo á lo largo de las vertientes de los montes), tanto más cuanto mayor es la pendiente del terreno. En conclusión, la acción de los bosques, su influencia sobre la cantidad y sobre el orden de las lluvias sólo es modificadora, secundaria y particular en comparación á las de las demás causas que se pueden llamar primarias y generales, porque dicen relación á las condiciones fundamentales del régimen de las aguas. Más grande, y quizá decisiva, es la acción de los bosques por respecto á la corriente de las aguas, si bien aun aquí conviene no aventurarse á hacer afirmaciones demasiado absolutas.

Si se admite que la vinculación de los bosques situados sobre pendientes debe establecerse para la conservación y regularidad de los manantiales y para la consistencia del terreno, la cuestión está ahora en saber si dicha vinculación debe imponerse también y tener la misma extensión y la misma forma general por motivos meteorológicos y sanitarios, aun en los bosques situados en llanuras. Humboldt cree que los bosques obran en general como causas frigoríficas, defendiendo, como antes se ha dicho, al suelo del calor del sol, haciendo activa la transpiración de las superficies verdes y multiplicando con la expansión de las frondosidades las superficies que se enfrían por irradiación. Arago afirma que los bosques pueden en algunos casos dulcificar el clima, y en otros producir un efecto contrario. Gay-Lussac piensa que no hay pruebas positivas de la in-

fluencia real de los bosques sobre el clima de una región, y que tal cuestión es complicada, siendo imposible ó al menos dificilísima su solución. Boussingault observa que en las regiones equinocciales de América, bajo la misma latitud, á la misma altura sobre el nivel del mar y en idénticas condiciones geológicas, los bosques enfrían el clima. Becquerel cita este hecho y lo explica como lo había explicado Boussingault, enseñando que la varia influencia de los bosques sobre los climas depende de su extensión, de la altura de los árboles, de la naturaleza de éstos y de la potencia de evaporación que posean las hojas, de su facultad de caldearse ó de enfriarse al aire y de la índole del estado físico del suelo y del subsuelo. Los bosques, añade el autor citado, constituyen un resguardo contra los vientos bajos; resguardo que es, naturalmente, proporcional á la altura de los árboles. Se ha observado que el aire húmedo que contiene miasmas se purifica de ellos al atravesar un bosque. Rigaud de Lille vió ciertas regiones en Italia en las que la interposición de un resguardo de árboles preservaba de las fiebres cuando se estaba dentro de él, mientras que la parte descubierta permanecía expuesta á la infección. Hablando Marsh, con su acostumbrada competencia, sobre los efectos de la tala de bosques con relación á la meteorología, no puede por menos de confirmar la grande incertidumbre que rodea á este argumento. No obstante, nota que las tempestades de granizos, que van casi siempre unidas á perturbaciones eléctricas, obligaron á creer en una mayor frecuencia é intensidad de este azote cuando disminuían los bosques. En medio de tanta diversidad de juicios, que por lo que respecta á los casos particulares, pueden todos ellos ser verdaderos, Messedaglia muy juiciosamente dice que se debe

considerar que, por el lado de la ciencia, la cuestión de la influencia termométrica de los bosques está todavía *sub judice*. En efecto, Arago, Gay-Lussac, Becquerel y Marsh están, como acabamos de ver, muy lejos de dar una solución absoluta y segura. Y si esto no puede ponerse en duda, el legislador prudente no puede ordenar una vinculación genérica y fija por razón de la influencia termométrica, sino que debe establecerla después de un detenido examen de las condiciones regionales particulares. En este orden debe obrar de la misma manera como ha obrado con respecto á los arrozales; ó sea, debe dejar mucha parte al variabilísimo elemento de las localidades, si quiere conseguir fines justos. De lo que resulta que tal vinculación no puede por menos de ser especial y variable.

No pocos creen necesaria la vinculación de la propiedad de los bosques, en cualquier lugar que éstos se hallen colocados, para la protección de la industria de la madera y de la leña. Este es el fin que ha predominado en las leyes desde el siglo XVI acá, y que todavía hoy se quiere mantener por la creciente amenaza de la falta de combustible y de madera, á consecuencia de las grandes talas realizadas. A nosotros no nos parece justa la vinculación por razones de protección industrial. Lo mismo que nos hemos declarado adversarios del arbitrio absoluto, así también lo somos de la excesiva ingerencia del Estado. Nosotros queremos esta ingerencia solamente cuando no haya duda de que el individuo, obrando por su propia cuenta, romperá aquella cadena de intereses que asegura la duradera existencia de la sociedad. Ahora, tal peligro no existe ni podría existir por respecto á la producción de la madera y de la leña, porque la concurrencia ó la

libertad aplicada á la industria es el único medio para conseguir la mayor producción. Cuando la sociedad tenga necesidad de madera y de leña, el interés del particular proveerá á esta necesidad con suficiente y apropiado cultivo de los bosques. Los precios de los productos forestales aumentan de día en día y forman un creciente impulso á la industria forestal, además de ser garantía de régimen ordenado. Verdad es que los movimientos del mercado de la madera y de la leña no son generales ni siguen siempre la misma dirección, sino que dependen de variables condiciones locales; pero no es menos cierto que hay una notable tendencia al aumento de los productos forestales. Los bosques han disminuido mucho en casi todas las partes del mundo; por tanto, la empresa de cultivarlos con fines de exportación no puede menos de ser lucrativa, aun cuando á veces ocurra que los enormes gastos de transporte y la competencia de otros países disminuyan no poco la ganancia de los propietarios cultivadores. Mas debe observarse que suprimida la vinculación de los bosques no alpinos, por no exigirla la necesidad social, los gastos de transporte de la madera y de la leña no son, después de todo, grandísimos, como lo sería si hubiese que transportarlas de la montaña. Pero supongamos que con el sistema del interés personal y de la libertad pueda todavía tener lugar una cierta penuria de la leña, ¿acaso no se han introducido en las fábricas y talleres succedáneos materiales de la leña, como la antracita, la lignita y el litantracio, si bien presuponen para su empleo una instrucción particular y fácil y un determinado capital? Y no se diga que con tales ideas no es posible satisfacer los grandes intereses nacionales con relación á los servicios públicos de la marina, de los ferroca-

rriles y de los telégrafos, puesto que abolida la servidumbre de la *martellata,* los Estados modernos hacen inalienable una porción de sus bosques y la destinan á los usos civiles y militares. Se ha querido decir que estas reservas no son suficientes en algunas ocasiones de la vida de los pueblos. Pero no se ha pensado que los demás bosques privados, estén dentro ó fuera del territorio nacional, pueden suplir más ó menos al defecto dicho.

Si es verdad que la ingerencia del Estado debe tener lugar, como enseña Beccaria, en los casos en que se prevea que el interés privado no se armonizará nunca ó se armonizará muy tarde con el interés público, preciso es concluir que la vinculación fundada sobre consideraciones de orden económico no tiene ninguna razón de ser. La robusta providencia constante en materia forestal, de que hablaba Marcos Balbi, inquisidor del senado veneto, debe limitar la propiedad de los bosques solamente para impedir los perjuicios provenientes de la tala á las corrientes de agua, á la industria, á la agricultura, á la consistencia geográfica, y en algunos casos á la salud de las poblaciones. Toda otra limitación, no siendo necesaria, supondría una violación de la libertad individual en cuanto se refiere á las cosas. La limitación necesaria y racional puede imponerse sin obligación de indemnizar, puesto que al propietario no se le prohibe el uso de su cosa, sino que se le impide el abuso, el cual es lesivo de los derechos é intereses ajenos. El vínculo es puramente negativo, encaminado á impedir que el propietario, en perjuicio de la sociedad, se sirva de su tierra sita en pendientes, talando el arbolado ó descuajándolo: en este caso el concepto de la indemnización no responde á principio alguno de derecho.

No puebe caber duda de que, fundándose el derecho minero sobre la naturaleza particular de esta industria extractiva, debe seguir las fases de la misma y modificarse con ella. Cuando las excavaciones mineras eran agujereamientos tumultuarios del suelo, la propiedad de la mina se consideró como parte del dominio inmueble; pero cuando la mina exigió excavaciones profundas, extensas redes de subterráneos, de pozos y de galerías, se fué poco á poco convirtiendo en una propiedad distinta de la superficie. En un principio, cuando la industria estaba atrasada, las leyes romanas atribuyeron la mina al propietario de la tierra; después, cuando la industria se desarrolló, sobre todo en la excavación de mármoles, las leyes permitieron, en tiempos de Constantino, la extracción de éstos en los fundos ajenos.

En la época posterior á la caída del Imperio, se advierte claramente el mismo camino en la industria y en el derecho. Hubo un tiempo en que la industria minera apenas había nacido y era enteramente superficial; en este tiempo prevaleció de un modo absòluto el derecho del propietario de la tierra. Después, cuando la industria había dado sus primeros pasos y comenzó á exigir capitales no pequeños, el propietario del fundo reconoció la libertad de investigación y de excavación, reservándose las facultades, no sólo de regular la explotación y el ejercicio de la mina, sino también la de vigilar é imponer. Más tarde, estos derechos correspondieron al feudatario, y al propietario de la superficie le correspondió la mitad en el ejercicio de la mina, aparte de algunos *carati* libres, ó cuotas de participación exentas de impuesto. Cuando reemplazó la potestad real á la de los barones, la mina fué una verdadera regalía; el Estado, que tenía el dominio

eminente sobre todo territorio, concedía el uso, dirigía la explotación de la mina é imponía tributos. El propietario del fundo conservó en este período los mismos derechos que gozaba por la legislación feudal. Por fin, habiéndose transformado la industria, y habiendo aparecido la mina moderna, este mundo subterráneo en que se agita un pueblo de obreros, se inició el régimen de la libertad de la mina misma, la cual se le adjudica al descubridor ó al empresario con la obligación de resarcir los daños al propietario del fundo. El Estado no es ya el sujeto de las regalías, no se mezcla en la explotación de la mina como en otros tiempos, sino que determina por medio de leyes y de reconocimientos positivos los derechos de aquellos que tienen relación con la mina, é interviene en el ejercicio de ésta para garantir las razones de la moral, de la policía, de la justicia y de la civilización. Por estas ligeras indicaciones acerca del desarrollo histórico de la industria minera y de su derecho, aparece evidente el movimiento de emancipación de la propiedad minera de la territorial. Ahora conviene examinar si esta tendencia, que nace del fondo de la historia, está conforme con la razón.

Los partidarios del sistema que atribuye la mina al propietario del fundo observan, en primer lugar, que el área sin el subsuelo es una simple superficie geométrica; que el terreno cultivable, el cual no se limita á los primeros estratos de la tierra vegetal, pertenece al propietario agricultor, y que el mineral es parte del suelo cultivable. La contestación á esta objeción no es difícil. El área no se separa del subsuelo, no es mero espacio con longitud y latitud y sin profundidad; pues aquí se trata de una superficie á la que es inherente el subsuelo que puede ser útil al propietario y

puede convertirse en materia de su interés práctico. Aun admitiendo la imposibilidad de separar de un modo absoluto la superficie del subsuelo, no por eso es imposible en derecho que un individuo sea propietario de la superficie y del primer subsuelo y otro sea dueño de la veta que se halla en la segunda costra. Este hecho puede realizarse por medio del contrato ó de testamento, aun imperando la ley que reconoce en el propietario del suelo el dominio de la mina. Por otra parte, se debe reflexionar que los límites de la superficie no son los mismos del mineral, porque éste, según el testimonio de los geólogos, tiene un yacimiento irregular y extraño, con innumerables ramificaciones de filones. Y por su lado el arte contribuye cada vez más á la separación de la propiedad minera del dominio del suelo, como resulta evidente de la manera distinta cómo se hacían las antiguas excavaciones y cómo se hacen las modernas, aquéllas superficiales, y éstas, por el contrario, profundas.

Observan, en segundo lugar, que la distinción entre los dos dominios supone la ilegítima pretensión de entrar en el fundo ajeno, y que el propietario del terreno hace suya la mina por el derecho de ocupación. Cuanto á la primera parte de semejante objeción, adviértase que la pretensión de entrar en el fundo ajeno para la investigación y el descubrimiento podría provenir de una servidumbre legal, establecida mediante una equitativa compensación del propietario del fundo. Mas hay casos en que la perquisición y el descubrimiento se pueden hacer sin tener necesidad de entrar en el fundo ajeno, con sólo explorar desde el propio fundo, más bajo que el ajeno, por ejemplo mil metros. Tocante á la segunda parte, debe observarse que el modo de adquisición, primitivo ó derivado, presupone siem-

pre la conciencia y la voluntad. El modo de adquirir es un modo del *posse,* y sabido es que el *posse* requiere el *velle*, y éste el *nosse;* ¿puede, por tanto, el propietario del fundo ocupar, en el verdadero sentido de la palabra, una mina que ignora? Sobre lo desconocido é indefinido no existe posibilidad de dominio.

Alegan en tercer lugar el derecho de accesión tal y como se halla determinado por las leyes modernas (esto es, en sentido muy lato), y la doctrina del tesoro en beneficio del propietario del fundo. Pero no se ha considerado que la mina no es un fruto, no es algo que nace y vuelve á nacer, ni se encuentra por respecto al fundo en una relación de uso ni de coordinación, que es la relación que la cosa accesoria debe tener con la principal. A menudo se ve que el valor de la mina excede con mucho al del fundo; de suerte que es lícito dudar si ésta es la cosa principal. Por lo que hace á la teoría del tesoro, debe observarse que de la misma no puede sacarse analogía para la cuestión de las minas, porque el tesoro es mueble y la mina no, y porque la división en dos partes iguales de la propiedad del tesoro sólo la ordenan las leyes cuando ésta haya sido descubierto por acaso. Ahora, la mina puede ser descubierta, y lo es de ordinario, no por casualidad, sino en virtud de pacientes estudios y de constantes experimentos.

Muchos invocan la autoridad de las leyes romanas, según las cuales, acostumbran á decir los glosadores, que el propietario del fundo es propietario de la columna de aire hasta el cielo y del subsuelo hasta el infierno. Pero la sentencia de los glosadores es una hipérbole formulada por Gino de Pistoya, que no tiene fundamento alguno en las fuentes, las cuales nos muestran diferentes limitaciones al derecho de propiedad

con respecto á lo que se halla sobre y debajo del fundo. Justiniano, por ejemplo, dispone que el propietario del edificio no pueda levantarlo hasta el punto que pueda impedir la entrada del viento en el huerto del vecino. La cantera de piedra descubierta en el fundo después de la venta del mismo corresponde al descubridor. *Neminem nec vendere, nec excipere quod non sit, et lapidicinas nullas esse, nisi quae appareant et caedantur,* enseña Labeón. Ulpiano escribe, al tratar del usufructo: *Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti et sulphuris et aeris et ferri et caeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agricolturae nocebit.* Constantino admitió la libre facultad de extraer mármol; y si otros emperadores reconocieron un diezmo en favor del propietario del suelo, esto fué con el fin de darle una indemnización por el daño que se le causara, no como reconocimiento del derecho del dueño de la superficie. El derecho para los jurisconsultos romanos se extiende hasta allí donde se encuentra la utilidad: cuando falta la utilidad, desaparece el derecho. Puedo obligar al vecino á cortar la rama de su árbol que se extiende sobre mi tierra á una altura de más de quince pies. Uso de mi derecho si al abrir un pozo en mi fundo rompo la vena de agua que servía al vecino. No puedo cortar esta vena por capricho, haciendo que el agua se pierda inútilmente. El propietario puede seguir la vena de metal que hay en su fundo y adquirir su propiedad, pero *jure occupationis,* no por efecto del dominio sobre la tierra.

No hay duda de que el espacio aéreo es, juntamente con el suelo y con el subsuelo, objeto de propiedad privada, porque el uso y el disfrute del suelo no serían posibles si el propietario no tuviese derecho á utilizar el espacio que está encima, excluyendo á los demás individuos. Es muy extraño el afirmar que el espacio aéreo no es sustancia, no es cosa y no constituye, por tanto, materia de propiedad, porque es forma del espacio concreto, y como tal, tiene una realidad objetiva que se traduce en una utilidad y en un valor. Es inexacto sostener que el espacio aéreo, como cosa común, no es susceptible de dominio privado, puesto que las cosas comunes son incapaces de dominio exclusivo en su totalidad, pero no en sus partes. El mar es cosa común, y, sin embargo, es susceptible de propiedad en las partes próximas á la orilla.

Ni es verdad que el subsuelo sea una *res communis*, puesto que no se presta al uso común; más bien puede ser considerado como una *res nullius*, y en cuanto tal, es capaz de dominio. El principio general es éste: la propiedad del espacio que se halla sobre el suelo y la del subsuelo forma una misma cosa con la propiedad del suelo. Adquirida la propiedad del suelo, se adquiere el dominio del espacio aéreo y del subsuelo, no siendo necesaria una ocupación especial para el uno y para el otro. Pero la propiedad del espacio aéreo y del subsuelo es limitada, como cualquier otra propiedad, por la coexistencia social, por la actividad del hombre y por el interés. En general, el dominio privado debe actuar la ley del bien, y se justifica por esta idea. No actuaría tal ley si fuera exorbitante, si comprendiese elementos y poderes no necesarios para su ejercicio y si no se refiriese al concepto de la sabia distribución de los bienes y de la racional moderación

de los mismos, como enseña Vico. Ahora, este concepto implica el límite social de la propiedad privada; la cual encuentra otro en la actividad del sujeto humano, que se desarrolla en vista de un interés práctico. La actividad del hombre no puede separarse nunca del bien, de la utilidad y del interés, como tampoco estas cosas se entienden sin la actividad, de que son términos. Ihering declara expresamente el interés práctico del propietario del terreno con respecto á la columna de aire y del subsuelo. El interés práctico de aquél con respecto á la columna de aire consiste en que no se le prive del aire, de la luz, de la lluvia, que no se le prohiba edificar, que no se le haga imposible la estancia en su fundo por medio de olores pestilenciales, de humo y de polvo. Pero el propietario no tiene facultad para impedir que los pájaros y los globos pasen por el espacio aéreo que está encima de su fundo. Los jurisconsultos romanos, los cuales tenían un sentido exquisito de la realidad de la vida, no exageraron nunca el derecho del propietario, y lo mantuvieron sobre la base del interés práctico, del que tuvieron siempre una admirable intuición. El interés práctico es también el límite del derecho del propietario del fundo sobre el subsuelo; por tanto, dicho propietario no tiene razón para impedir que otro saque del subsuelo, sin perjudicarle á él, aquellas utilidades que pueden aprovecharle. Semejantes utilidades no se refieren al destino actual, ordinario del fundo, á su cultivo ó conveniente uso, y quedan fuera de la esfera del interés práctico del propietario. No es razonable considerar este interés práctico como posibilidad previsible en el presente del vario disfrute de la cosa, como posibilidad de gozar de ella, calculando por el estado actual de los medios técnicos é

industriales, según suponen algunos; porque en semejante hipótesis, el descubridor no tendría, sino en casos raros, derecho á la mina, la cual en la mayor parte de los casos puede ser explotada por el propietario del fundo, sirviéndose de los actuales medios técnicos y científicos. Determinado el interés práctico de esta manera, no es la causa del descubridor que se sirve de su amplia interpretación, sino la del propietario del fundo: tanto vale sostener desde un principio que es más justo atribuir á éste la propiedad de la mina. Al propietario del suelo no le puede corresponder la mina descubierta, ni por la teoría del trabajo, ni por la teoría de la personalidad. Según el principio del trabajo, la propiedad llega hasta allí donde llega la actividad individual; por lo que el propietario del fundo que no ha sido activo no puede ser el propietario de la mina. El descubridor ha sido activo, y á él corresponde la mina. Partiendo del concepto de la personalidad individual que se desarrolla en las cosas é imprime en ellas su huella haciéndolas suyas, se llega á la misma conclusión, porque en la mina se halla la huella del descubridor, no la del propietario del fundo.

Tocante á las razones económicas en apoyo de la presente tesis, conviene advertir que Dunoyer, en su libro *Libertad del trabajo,* se contradice cuando considera la mina como parte de la industria extractiva distinta de la agrícola, y luego se la atribuye al propietario del suelo. Sella, autoridad competente, demuestra que la explotación de la mina exige rigurosa unidad de concepto; por tanto, la mina no puede dividirse como la propiedad inmueble. La industria minera encuentra infinitas dificultades para hacer excavaciones muy profundas allí donde la propiedad está muy

dividida, porque se carece de los necesarios capitales. A medida que aumenta la profundidad, aumentan los gastos; por lo que de las mejores minas, explotadas con inteligencia y parsimonia, se obtienen ganancias no mayores que las que ofrecen las industrias comunes. Añádase que la pretensión del propietario á una parte alícuota sobre el mineral hace disminuir la profundidad de la excavación y hace que se realicen trabajos sin mirar al porvenir. Además, la experiencia demuestra que la pretensión de los propietarios de los fundos de ser casi los dueños del Estado, la presunción de que su riqueza sea la más sólida, su poco amor al progreso, el temor de disminuir la productividad del trabajo y la mezquindad, impiden el desarrollo de la industria minera en los países en que no existe la libertad de la mina. Ni se diga que buena parte de estos daños se evitaría con la asociación de los pequeños propietarios, porque tal asociación encuentra grandes dificultades en la práctica, y porque no es lícito crear condiciones difíciles, confiando luego en que las superará el ingenio y la habilidad de los individuos.

De semejantes ideas, que responden á la realidad, á las condiciones especiales del desarrollo de la industria, se saca la medida de la acción del Estado en los tiempos actuales. El Estado debe remover los obstáculos de la industria, fomentar el descubrimiento de las minas, auxiliar á la industria proporcionándola una descripción geológica, ordenar las leyes de manera que eviten que las generaciones presentes lo absorban todo; debe regular la admisión de las mujeres y de los niños en las minas, establecer la obligación de la escuela, limitar el horario del trabajo de estos seres humanos, adoptar precauciones de seguridad y de higiene para evitar las explosiones y la acción deletérea

de los gases, fomentar las sociedades de socorros y las de auxilio para los operarios en la vejez, y facilitar el transporte de los productos minerales. El Estado no tiene que proteger la industria ni hacer reglamentos y planos técnicos; pero si esto no debe hacerlo, puede perfectamente reservarse la facultad de adjudicar la mina. Con el decreto de adjudicación no crea el Estado ninguna propiedad, sino que lo que hace es reconocerla, garantirla, como la reconoce y garantiza el decreto de posesión de herencia, prescrito por el código austriaco.

CAPÍTULO VIII

La propiedad industrial.

La propiedad industrial es la que resulta de la manufactura, llamada en un sentido especial industria. Esta propiedad encuentra su justificación en el fundamento máximo de la propiedad, esto es, en el principio de la persona individual. Sin embargo, merece ser estudiada de por sí, no sólo por la grandísima importancia que ha adquirido en los tiempos modernos, sino también porque contra ella se han dirigido graves objeciones y acusaciones, las cuales vienen á dirigirse en último resultado contra el dominio privado en general. Aquí, como en otras materias semejantes, es necesario recordar no pocas ni fáciles teorías económicas para comprender y explicar jurídicamente el hecho. El derecho es siempre una proporción, una regla, una medida, que se adecua de diferente modo, según la índole de la materia á que se aplica. La materia en nuestro caso es esencialmente económica.

La industria manufacturera presupone el trabajo y sus instrumentos. Los instrumentos del trabajo son primitivos y derivados: los primitivos se reducen á las fuerzas naturales; los derivados se compendian en el

capital. Entre el trabajo y el capital no hay ni puede haber oposición natural y originaria, por cuanto aquél es el capital de mañana, según se ha dicho varias veces, y éste el trabajo de ayer. En abstracto, pues, el trabajo que desprecia al capital se desprecia á sí mismo; si el trabajo es padre del capital, el capital á su vez nutre al trabajo y se convierte en su patrono y proveedor. En concreto, el interés de quien demanda trabajo está en adquirirlo al más bajo precio, y el interés del que lo ofrece está en venderlo lo más caro posible. En este caso se verifica lo que siempre se observa en todo cambio entre los consumidores y los productores, puesto que los unos desean el precio más bajo y los otros el más alto. Las condiciones del cambio pueden ser buenas para una parte contratante y perjudiciales para la otra. El mayor daño para el trabajo no depende sólo del egoísmo de los capitalistas, sino de la pobreza misma del obrero, el cual no ahorra nada ó casi nada cuando lo podría hacer, y se multiplica sin previsión. Sabido es que la concurrencia de los que ofrecen trabajo hace bajar el salario; y la depresión del salario ejerce un influjo siniestro sobre las condiciones del obrero. Pues la mercancía trabajo difiere de todas las demás en que el vendedor del trabajo está ligado á su mercancía, mientras que el vendedor de objetos se separa de ellos: de donde resulta que el precio del trabajo toca directamente al operario, en cuanto restringe sus necesidades si es bajo y las amplía si es alto, y según sea de una manera ó de otra, disminuye ó fomenta el desarrollo de su cultura y de su moralidad. Sólo en este sentido está el obrero ligado á la mercancía trabajo, no en el sentido antiguo, esto es, en el sentido de que sea medio ó parte de la personalidad del señor. Además, el obrero no puede durante las

crisis disminuir la oferta del trabajo para mantener alto el salario, al menos como individuo aislado y fuera de la coalición, porque si no trabaja se muere de hambre; por el contrario, el productor de otras cosas, cuando llegan tales eventualidades, disminuye, suspende ó abandona la producción sin caer en la miseria.

Algunos no quieren admitir que el trabajo sea una mercancía, porque es el agente de la producción, es la misma actividad humana, y no un producto; porque no es susceptible de acumulación y de ahorro, y porque el salario carece del carácter de un verdadero contrato, en cuanto el obrero se ve obligado á vender el trabajo si no quiere morir de hambre, mientras que el capitalista es libre de emplear ó no al obrero. Los que esto dicen no han considerado que el concepto de agente y de factor de la producción en general no repugna al de mercancía. De hecho el capital es una mercancía, y, sin embargo, es agente, factor de la producción. El trabajo no es propiamente lo mismo que el hombre, sino el ejercicio de su actividad sobre las fuerzas de la naturaleza, regulado por la ley del mínimo costo, por virtud de la cual se advierte en los seres del universo una tendencia á conseguir los mejores resultados con el mínimo gasto. El hombre no es instrumento ó coeficiente de la producción, sino sujeto y fin; la naturaleza es el objeto, el trabajo un vínculo vivo entre el hombre y el mundo exterior. El trabajo, como actividad de la persona, no es verdaderamente mercancía; pero se convierte en mercancía cuando se lo considera, no ya en su potencia y en toda su extensión, sino en cuanto se desarrolla y se manifiesta en operaciones y términos particulares. No es la actividad personal entera, la cual se confunde con la persona y es inalienable, lo que se convierte en mercan-

cía, sino el ejercicio parcial y temporal de aquélla. En esta significación, el trabajo tiene un valor en cambio, se resuelve en moneda y entra en el patrimonio. Ni es sólo el trabajo lo que es insusceptible de acumulación y de ahorro, entendido en cierto sentido, porque hay objetos que se encuentran en la misma condición, como, por ejemplo, el huevo fresco y la fresa, á los cuales nadie les niega el carácter de mercancías. Verdad es que el capitalista es libre de no demandar trabajo, pero esto lleva consigo el no empleo de su capital. Si quiere obtener provecho de sus riquezas, no tiene más remedio que servirse de brazos. Lo que hay es que el capitalista puede esperar más que el obrero.

El precio del trabajo es doble, corriente y normal: el corriente es determinado por la oferta y la demanda; el normal es el punto en torno del cual oscila el otro, y representa el *tenor de vida,* ó sea la suma de las satisfacciones: entre ellas la de formarse un capital, satisfacción á que se ha habituado la clase obrera y á que cree no poder renunciar sin degradarse. El *tenor de vida* crece con el tiempo y comprende nuevos bienes que el obrero ni siquiera soñaba antes conseguir. El salario corriente tiende á aproximarse al normal, pues no puede llegar á ser muy alto, porque la concurrencia de los obreros lo haría descender, ni puede tampoco ser menor del salario puramente necesario, porque entonces el obrero no tendría medios suficientes para vivir. No se crea que el aumento de obreros produzca necesariamente una reducción de salarios, porque tal aumento puede perfectamente coincidir con un desarrollo más rápido de la industria; en el cual caso se verifica el fenómeno de un aumento de brazos y de mercedes. Por otra parte, es innegable que con los progresos económicos y civiles se acentúa

más la eficacia de los frenos morales, que son un resultado de la previsión, y predominan las facultades intelectuales, cuyo amplio desarrollo no está en razón directa de la potencia generativa. La estadística nos enseña que en las naciones más adelantadas se ha aumentado mucho la riqueza, la población ha crecido y las mercedes se han elevado. Es cierto que los precios de los géneros han aumentado, pero no lo es menos que los salarios son más altos de lo que eran antes, aun teniendo en cuenta el indicado aumento de precios, como más atrás hemos advertido. La famosa *férrea* ley de los salarios, por virtud de la cual éstos tienden á disminuir y á reducirse á los simples gastos de producción del trabajo, no es tan *férrea* como han dicho Lassalle y los socialistas posteriores. En el fondo, la medida de las mercedes se relaciona también con la medida de la producción, porque la medida de los salarios depende de la demanda de trabajo, la demanda de trabajo depende de la cantidad de capital, la cantidad de capital depende de la acumulada producción de los bienes y de la adquisición de los mismos, y la cantidad de la producción resulta de la productividad media del trabajo. Aumentando la producción, los salarios deben elevarse, no descender. La ley *férrea* no ha sido tal antes de la organización presente de las sociedades de resistencia, las cuales no sólo impiden que los salarios desciendan, sino que á menudo consiguen que se dé á los obreros el *máximum* posible en una determinada situación económica. No debe olvidarse que el aumento de la producción es el mayor interés de los empresarios y de los obreros. Los primeros deberían comprender que á la postre las buenas mercedes sostienen las fuerzas físicas y desarrollan las cualidades intelectuales de los obreros y

son causa de un trabajo más útil. Los segundos deberían apercibirse de que el limitar la producción es su mayor mal, porque merma la demanda de trabajo y como consecuencia produce una depresión de los salarios. Por el contrario, si el trabajo de los obreros es más productivo, esto es, más intenso y más rápido, la producción aumenta y se eleva la demanda de trabajo. Por otra parte, siendo más intensiva la jornada de trabajo, no puede menos de ser más corta. La elevación del salario y el consiguiente mejoramiento de las condiciones del obrero se obtienen principalmente con los aumentos notables y generales de la producción. Las asociaciones de obreros promueven eficazmente la elevación del salario, y son muy útiles cuando la producción está en vías de un efectivo incremento. Cuando la producción no crece, el salario elevado no es posible, porque existe un provecho mínimo, más allá del cual el empresario capitalista se detiene y se retira. En estos casos, las nombradas asociaciones no consiguen el fin que se han propuesto y perjudican gravemente los intereses de los obreros, no obstante quererlos favorecer. También es bueno advertir aquí que la demanda de productos no es siempre ni directamente demanda de trabajo, como en la hipótesis de productos ya elaborados y en la de cesación ó diminución de la demanda de algunas riquezas y del comienzo ó aumento de la busca de otras cosas ó valores. En esta última hipótesis, el capital se retira de una industria y se emplea en otra, no pudiéndose decir *a priori* si el trabajo ha aumentado ó disminuido.

Bajo el aspecto jurídico, el trabajo es siempre una propiedad. Es una propiedad primitiva si se lo considera en su potencia, como actividad del hombre empleada en la producción de los valores, porque la

persona es dueña de sí, de sus facultades y aptitudes. Es una propiedad adquirida en el ejercicio parcial de sus actos, en cuanto constituye una cosa que tiene valor en cambio y es mercancía, si bien en ciertos particulares tiene diferente índole que otras mercancías. El trabajo tiene su título en el principio de la inviolabilidad de la persona y de sus bienes; el contrato de trabajo merece respeto, como todo otro contrato en que intervenga ó juegue el uso de la propiedad. Es válido, con tal de que sea celebrado de buena fe y sin lesionar la libertad de los contratos. La ley económica de la oferta y la demanda, que determina el precio corriente del trabajo y la aproximación de éste al precio normal, consagran en abstracto el principio de la justicia cuando hay en el cambio plena conciencia y libertad. Justicia significa proporción, igualdad, ecuación, y este concepto se encuentra en la ley económica, considerada en su idealidad. En efecto, la demanda es la expresión de la utilidad de la cosa; la oferta representa la potencia de adquisición, y el punto en que coinciden es su equiparación, su igualdad y su ecuación. Se ha visto que con respecto al trabajo, dado el caso de una grande oferta de brazos, tal punto no está en la estricta alimentación del obrero y en la satisfacción de las necesidades más urgentes, sino en el *tenor de vida,* que tiende siempre á elevarse. Turgot y el mismo Ricardo tuvieron idea clara de esto. El trabajo es siempre una propiedad en todas las formas del sistema remuneratorio, esto es, en la división simple y aleatoria de los productos adquiridos con la caza y con la pesca. Sucedió el salario, verdadera transacción entre el obrero, que quiere seguridad y prontitud en la remuneración, y el capitalista, que desea manos libres. El sistema del

salario contiene dos defectos: se funda sobre la medida del tiempo, y no es retribución adecuada á la cantidad y cualidad del trabajo, con lo que el obrero se aleja del empresario. El trabajo ajustado á un vuelo ó por piezas, posible en los casos de uniformidad de operaciones y productos divisibles, estimula la actividad del obrero á participar en los provechos de la empresa, y es seguramente el más perfecto; pero es aplicable menos difícilmente en aquellas industrias en que el trabajo tiene una grande importancia en comparación con el capital fijo. El derecho debe reconocer todo este orden de cosas y debe también preparar y promover las condiciones más oportunas del sistema remuneratorio.

Del concepto de la propiedad del trabajo resulta lógicamente el derecho de los obreros á unirse de un modo pacífico y que no perjudique la libertad ajena, y á ponerse de acuerdo al efecto de obtener el aumento de salario. Las coaliciones de los obreros y las huelgas forman una especie de enrarecimiento del trabajo, por cuanto los obreros, haciendo uso del derecho común de asociación, retiran la oferta en masa, impiden la venta al detall y esperan á que su precio se eleve para volverse á presentar al mercado. Los obreros en este caso hacen lo que todo comerciante hace para vender más cara su propia mercancía á los que la necesitan. La *Asociación internacional de los trabajadores* reconocía que las huelgas son contrarias á los principios económicos, en cuanto aumentan el antagonismo entre capital y trabajo; pero creía que, en la actual organización de la sociedad, han sido los medios más á propósito para salvar, en cierto modo, la remuneración del obrero de los efectos de la *tiranía del capital,* y para continuar fomentando el odio de las clases indi-

gentes contra las leyes y las instituciones sociales. La *Internacional* poseía un plan de palingenesia, actuable mediante la famosa *liquidación social,* á la cual no podría llegarse sin preparar á los proletarios en el odio hacia la sociedad; cosa que se logra entregándolos á merced de las agitaciones, de los sufrimientos y de aquella miseria que es á menudo la fatal y única consecuencia de la huelga. En esto se diferencian mucho de la *Internacional* las uniones de oficios, ó sea las *Trades' Unions* y las *Gewerkvereine;* por cuanto las uniones no tienen de ordinario programas filosóficos ni económicos de regeneración, aun cuando luchen contra los patronos, no para destruir el capital y sustituirlo con combinaciones artificiales, sino sólo para mejorar, en cuanto sea posible, las condiciones del obrero. Los medios que poseen las uniones, según resulta de sus estatutos, se reducen al socorro mutuo y á la coalición: el uno es defensivo, el otro ofensivo.

La huelga es el efecto de la coalición. La coalición no podía mostrarse en la antigüedad clásica sino como monopolio comercial, supuesto que entonces no existía en la esfera de las artes y de la industria el salario, siendo así que el trabajo era esclavo. Pero cuando en la Edad Media el trabajo comenzó á ser libre y á recibir el salario, surgió la posibilidad de la coalición industrial, á la que se aplicaron las penalidades sancionadas por el derecho romano para los monopolios mercantiles, por cuanto en aquellos tiempos la industria constituía una dependencia del Estado, y, por tanto, la determinación de los precios y de las mercedes estaba sustraída á todo arbitrio de los particulares. Cuando aparecieron los nuevos tiempos, junto á la abolición de los gremios se proclamó la libertad del trabajo, el cual dejó de ser una concesión gubernativa y

se convirtió en un derecho natural. La libertad del trabajo traía consigo el reconocimiento jurídico de la coalición, la cual no debía ser ya considerada como delito. Pero la Revolución francesa mostró gran desconfianza para con toda clase de asociación, porque temía que fueran resucitados los gremios y los antiguos privilegios; por eso no quiso considerar la coalición como el ejercicio de un derecho. A partir de este momento, el delito de que tratamos no consistió en la usurpación por parte del poder público, sino en la unión y en el concierto. Mas aquella desconfianza desapareció enteramente con el andar de los años, antes bien se cambió en su opuesto, ó sea en la confianza, porque el Estado llegó por fin á comprender, por un lado, que el progreso de los tiempos no consentía el restablecimiento de los gremios, y por otro, que el fomentar el espíritu de asociación redundaba en su propio beneficio. Esta idea ha engendrado la eliminación del hecho de que tratamos del número de los delitos en casi todos los códigos de las naciones civilizadas.

La coalición no es un delito, puesto que el acto de la asociación momentánea de varias personas no es por sí culpable, ni tampoco puede decirse que lo sea la facultad de discutir libremente el tipo del salario. Para sostener lo contrario, sería preciso demostrar que toda reunión, aun temporal, viola la ley y que no hay propiedad del trabajo; cosa que implicaría una negación completa del moderno progreso civil. Pero los enemigos de la libertad de la coalición añaden: El verdadero fundamento de la punibilidad de tal hecho no consiste en sus elementos estudiados aisladamente, sino en el conjunto y en las consecuencias producidas, que se reducen principalmente á la presión moral, á la perturbación de la ley de la oferta y de la demanda y al

daño público. Es curioso encontrar entre los que razonan de esta manera á Proudhon, el cual afirma que la coalición es la asociación de la violencia contra la libertad social y que equivale á la anulación de la garantía económica. Mas la presión de que se habla como limitación del derecho ajeno no existe, puesto que á los patronos no les está prohibido lo que se les consiente á los obreros. La libertad es completa cuando á las coaliciones de los trabajadores se pueden contraponer las de los patronos. En este caso se observa una verdadera desigualdad de los derechos que corresponden á unos y á otros. Ni se diga que la coalición libre perturba la marcha regular de la oferta y de la demanda; pues esto no es exacto, como vamos á ver. Las coaliciones obreras influyen ó sobre la población ó sobre el capital, para conseguir el fin de la elevación de los salarios. Si obran sobre la población, deben intentar restringir la oferta de brazos; lo que en la práctica no es posible sin emplear amenazas, violencia y añagazas, por lo que no se sustraen al rigor de la ley, que las castiga. Las *Trades 'Unions* y las *Secciones* de la *Internacional* nos ofrecen à menudo ejemplos de tales excesos. Si las coaliciones referidas influyen sobre el capital empleado en la producción, y éste puede aumentar sin detener ó retardar el desarrollo de la industria, tales coaliciones no violan la ley de los precios, antes bien tienden á hacer que se aproxime cada vez más á los términos de la justicia distributiva. Pero las coaliciones obreras pueden obrar también sobre el capital circulante, promoviendo su aumento por haber aumentado los precios de algunas cosas. En este caso el aumento del salario recae sobre los consumidores, y tampoco queda negada la ley económica; puesto que la baratura se debe desear cuando provie-

ne de menor dispendio de fuerzas, no de una remuneración mezquina. Además, si en la determinación de los precios obran con frecuencia causas distintas del principio de la concurrencia, la coalición victoriosa puede restablecer el dominio de ésta: un ejemplo de semejantes causas ajenas á la concurrencia es la costumbre. Y debe notarse que aun cuando la coalición de los obreros no consiga su intento, la ley de la oferta y la demanda no sufre alteración; antes bien da pruebas de fortaleza, resistiéndose contra pretensiones irracionales, según advierte Del Giudice en su memoria sobre las *Coaliciones industriales*.

Cuanto al motivo del daño, reconocemos que las huelgas producen, por desgracia, fatales consecuencias para todos, máxime si son extensas y duraderas. Basta leer la descripción de cualquier abandono de trabajo en Inglaterra, especialmente uno de aquellos *strikes*, ó huelgas seguidas de *lock-ont*, esto es, de clausura simultánea de oficinas, para experimentar la mayor repugnancia á estos hechos. Ahora, después de confesar el daño que proviene de las huelgas, hay que examinar si la razón por que se castiga la coalición puede consistir únicamente en el elemento del daño. Creemos que poniendo en tales términos la cuestión, está pronto resuelta; puesto que bien sabido es que la pena se refiere siempre á una violación del derecho, la cual no se encuentra en modo alguno en la hipótesis de la coalición obrera, como hemos visto brevemente poco ha. Ni se puede asemejar la huelga sin violencia á los delitos contra la paz pública, por cuanto estos, según enseñan los criminalistas, requieren amenazas ó violencia. Claro es que verificándose mediante la huelga la intimidación, y empleándose la fuerza contra los trabajadores que no quieren entrar en el convenio, ó

contra los patronos, la ley penal debe readquirir su imperio, castigando las maniobras fraudulentas. Pero dicha ley debe abstenerse, á nuestro juicio, de castigar las molestias y los impedimentos que, sin tener el carácter de una verdadera violencia, se resuelven en una especie de coacción indirecta, pues no es posible determinar con precisión tales hechos, y si tal se hiciera, resultaría ilusoria la libertad de coalición que se proclama. La acción penal debería siempre ser ejercitada de oficio, á fin de evitar que el estado de intimidación, que acompaña á menudo las contiendas entre fabricantes y obreros, asegure la impunidad á un gran número de violencias. La ley debería también privar de eficacia jurídica las cláusulas penales convenidas entre patronos y obreros, para asegurar la observancia de los pactos de una coalición, pues cada cual tiene derecho á separarse de una coalición cuando la crea contraria á sus propios intereses.

La libertad de coalición se liga íntimamente con el jurado industrial. Se ha observado que los obreros y los patronos prefieren someter la resolución de sus contiendas á jueces técnicos y no á magistrados ordinarios, los cuales están ligados por las reglas indeclinables de un procedimiento no expeditivo y están dominados por el hábito de los criterios estrictamente jurídicos. Los conflictos entre obreros y patronos provienen no pocas veces de equívocos ó de exasperaciones momentáneas, por lo que lo más conveniente es recurrir á los amigables componedores. Los *probi viri* ú *hombres buenos* se pueden organizar de tres maneras. Primeramente, pueden constituir una jurisdicción especial, con el mandato de conciliar y de juzgar, sustrayendo las controversias de su competencia á la jurisdicción ordinaria. En segundo lugar, pueden conciliar y juzgar

con autos y con sentencias ejecutorias; pero estarán colocados al lado de los jueces ordinarios, cuya competencia queda íntegra, y sólo se les atribuye el conocimiento de las causas que les defieran las partes de común acuerdo. En tercer lugar, los *probi viri* pueden ser conciliadores, no juzgadores. Sus actas de conciliación son ejecutivas; pero si no consiguen convenir á las partes, se devuelve la controversia al juez ordinario. Estos *probi viri* son elegidos por partes iguales por los obreros y por los industriales, y deberían estar presididos por una persona neutral, á ser posible elegida por el gobierno. Se ha tratado de hacer elegir los jueces obreros por los industriales y los jueces industriales por los obreros, al intento de establecer relaciones más íntimas entre ambas clases. Mas preciso es distinguir bien la índole de las controversias, por cuanto algunas pueden referirse á la ejecución de los contratos realizados entre patronos y obreros y otras se refieren á objetos ó condiciones que tienen carácter económico y no jurídico. El arbitraje con formas de juicio, si es apto para la resolución de las contiendas relativas á la ejecución de los pactos celebrados, no lo es igualmente para la de las cuestiones de diferente naturaleza, en las cuales no haya punto alguno de derecho que declarar y que mantener incólume. Siempre resulta violento é injusto un juicio que imponga como autoridad de cosa juzgada aquellas condiciones cuya equidad depende de una apreciación libérrima por su propia naturaleza. El principio de la libertad del trabajo y del capital sería en el fondo negado por tal juicio, que equivale á la determinación legal de los precios, de las mercedes y de los intereses, y es tan absurdo como esta determinación. Sin duda el arbitraje industrial tendrá gran desarrollo si

se pone en relación con amplias asociaciones obreras, también reconocidas por la ley. En este caso es grande la autoridad de los *probi viri*, porque su misión de componedores en las controversias de índole económica es efecto de común confianza y de mandato. En esto está la diferencia sustancial entre los *proud' hommes* de Francia, que concilian y resuelven contiendas particulares, y los *equitable Councils* de Inglaterra, que concilian y resuelven contiendas de interés común.

El provecho es la remuneración del capital, como el salario es la compensación del trabajo mecánico. El provecho es la parte que corresponde á quien hace valer en una industria ejercida á riesgo propio un capital propio ó prestado; es el rédito del capitalista empresario. El salario y el interés se establecen mediante acuerdos anteriores; no así el provecho. El obrero y el prestador de sumas de dinero no pueden jamás ser obligados á restituir los salarios y los intereses: el empresario, cuando la industria falle, no puede disminuir sus obligaciones para con terceras personas, alegando el derecho á ser remunerado por su propia obra y por el empleo de sus capitales, y puede ser obligado á desembolsar todo cuanto haya percibido por tales títulos. El provecho es también una propiedad, porque remunera el trabajo de quien funda y dirige una empresa, retribuye el sacrificio del ahorro y es no pocas veces compensación del riesgo. En él se advierte aquella acción de la persona individual sobre las cosas, de la cual surge el dominio. El provecho es corriente y normal: el primero es determinado por la ley de la demanda y de la oferta de los empresarios capitalistas; el segundo ofrece una retribución suficiente al trabajo y á los riesgos de quienes se retirarían de la industria si no obtuvieran la compensación adecuada. El interés y el pro-

vecho se justifican también con el principio de la utilidad social. Rae dice que el interés es justo precisamente porque el capital es socialmente útil y porque el propietario del capital, aplicándolo á fines productivos, presta un servicio á la sociedad, servicio que debe valorarse con arreglo á su utilidad social. El servicio que los capitalistas prestan á la producción es tan indispensable como el que prestan los obreros, y la justicia del interés descansa sobre las mismas bases sobre que se apoya la justicia de los salarios. El obrero no puede producir con sólo el trabajo, sin materiales y sin instrumentos, precisamente como el capitalista no puede tampoco producir sin trabajo; y el capitalista tiene necesidad de una recompensa que lo estimule al ahorro, lo mismo que el obrero tiene también necesidad de ella para resolverse á trabajar. El empresario ejerce una función social en cuanto une y dirige los elementos de la producción para satisfacer las necesidades de los consumidores. El ofrece los medios al trabajo, estrecha relaciones con países extranjeros, prevé todas las contingencias de la producción, provee á tiempo á las mismas y presta grandes servicios á la sociedad. ¿Qué podría hacer en su lugar el Estado? La administración pública carece del espíritu de empresa y del vivo interés del ahorro. Los capitalistas son directores más emprendedores y más económicos que los empleados públicos. Con la delegación social se multiplicarían los parásitos, los agentes intermediarios, contra los cuales combaten los socialistas; la producción sería menor y lenta, y el ahorro disminuiría mucho, porque nadie hace sacrificios y se abstiene de consumir para que otro goce.

Los socialistas modernos atacan fuertemente la propiedad privada del capital y estiman injustos y crimi-

nales sus provechos. Entre ellos se distingue Marx, que es quien ha hecho la más poderosa y congruente crítica del capital. Lassalle toma de Marx sus principios económicos, si bien se coloca en un punto de vista alemán, mientras que Marx mira las cosas desde más alto, ó sea desde el punto de vista internacional. Marx y Lassalle difieren mucho de los socialistas franceses, por ejemplo, de Proudhon y de Blanc, porque no caen en las abstracciones superficiales del idealismo imaginario y poco reforzado con la cultura científica. El socialismo alemán es eminentemente lógico, está informado en el nuevo análisis de los hechos y de las doctrinas y se halla escoltado por todos los medios de la erudición y de la ciencia moderna. Marx combate á Proudhon por su mediocridad científica y por su *practicismo* sin fundamentos; según él escribe, en la *Filosofía de la miseria* de Proudhon no ve él otra cosa que la miseria de la filosofía. Marx pertenece á la izquierda hegeliana, y sigue á Feuerbach, el cual transforma el idealismo absoluto en humanismo, eliminando todo principio trascendental y todas las proyecciones fantásticas del ser humano. El humanismo de Feuerbach es materialismo, porque el hombre, que es principio de todo, en su esencia no es más que un cuerpo. Los príncipes son dioses, y deben seguir el destino de éstos, cediendo el paso al hombre, de quien son creaciones. La disolución de la teología en antropología en la esfera del pensamiento va unida, según este filósofo, con la transformación de la monarquía en república en el terreno político. El Estado debe ser humanizado, es un medio para el bienestar de todos; sobre el hombre no hay nadie, ni seres sobrehumanos, ni personas consagradas; no hay persona que sea más que el hombre ó que sea menos que el hombre. El humanismo no puede por me-

nos de conducir al colectivismo, porque sólo el hombre social es la verdadera esencia humana y por el individuo es como Dios, según nota Rae. Marx considera al humanismo como el principio de la renovación política é industrial, que se obtendrá con el proletariado universal, convertido en fuerza irresistible. También Lassalle es hegeliano, y por lo mismo dispuesto, como Marx, á reconocer la ley de la evolución histórica natural, de que los utopistas franceses no han tenido jamás idea.

La teoría de Marx, de que pronto nos ocuparemos, se enlaza con el colectivismo y el mutualismo. Los colectivistas y los mutualistas dicen que de la misma manera que en el mundo natural la materia inorgánica (mecánica, física, química) es la base determinante de la materia orgánica (vegetal, animal, cerebral); en el mundo social, que se debe considerar como el último grado conocido del mundo material, el desarrollo de las cuestiones económicas ha sido siempre y continúa siendo la base determinante de todos los sistemas filosóficos, religiosos, sociales y políticos. Según estos autores, la sociedad está divida hoy en dos clases: una de ellas es la de los opresores, es decir, de los hombres que viven sibaríticamente, que tienen derechos y no deberes; la otra es la de los oprimidos, de los míseros proletarios, que están destinados á un penoso trabajo, sin recompensa y sin legítimas pretensiones, sólo rodeados de cadenas, que por burla se llaman deberes. La revolución del siglo pasado ha puesto en lugar del poder del blasón el poder del oro, en lugar de la antigua aristocracia feudal, la nueva y no menos inicua opresión de la clase media. Es preciso destruir la *tiranía del capital* y garantir el triunfo del trabajo; lo que no puede conseguirse sin la *unión uni-*

versal de las asociaciones agrícolas é industriales. La cual unión habrá de destruir la esclavitud, que se anida en el matrimonio y en la ley, proclamará la *anarquía* y reconstruirá el orden social sobre dos nuevos fundamentos, sobre la *propiedad colectiva de los instrumentos del trabajo* y sobre la *equivalencia absoluta y general de las funciones.* El suelo cultivable, los montes, las canteras, las minas, los canales, los barcos, los ferrocarriles, los telégrafos, las máquinas y talleres formarán el *dominio colectivo*, por cuanto son instrumentos de la actividad económica. La *equivalencia de las funciones* se actuará con el cambio de los productos, en cuanto se regula por el precio de costo y por el valor de la materia, la cual se debe transformar para producir; y se actuará porque como los servicios se equivaldrán, habrán de ser necesariamente gratuitos. De este modo no habrá diferencia de provechos entre productor y productor, y se pondrá en práctica el principio *uno para todos y todos para uno.* Pero para conseguir el fin de la *liquidación social,* son necesarias frecuentes coaliciones y grandes y extensas huelgas, además de la abolición del carácter nacional, abolición que nos facilita la solidaridad universal de los obreros. Por otra parte, la instrucción obligatoria, gratuita, integral y común á ambos sexos se propone la realización de la igualdad de naturaleza entre los individuos. Este era el programa de los socialistas de hace algunos años.

Schäffle, en uno de sus escritos, declara cuál es la *Quinta esencia del socialismo* moderno, prescindiendo de las diferencias secundarias entre escuelas y escuelas, entre partidos y partidos. Todo el mundo sabe que en el seno del propio socialismo hay variedades discordantes, como en cualquier otro sistema. El fin de

todo el movimiento socialista es la transformación fundamental de la economía social actual. La idea madre es la propiedad colectiva, en lugar de la propiedad privada, de todos los medios de producción, ó sea de los fundos, de los bosques, de las máquinas y de los talleres. Los demás principios son los siguientes: organización social del trabajo en vez de la comunidad capitalista, ó sea creación de organismos corporativos é implantación de una dirección social de la producción; división pública del trabajo común sobre la base de la propiedad colectiva de las materias del trabajo social; distribución de los productos de toda clase entre los trabajadores en razón de la cantidad y del valor de la actividad de cada uno. Según esta teoría idealista, los productores serán trabajadores y no capitalistas, porque el capital se hace colectivo, todos los productores trabajarán sirviéndose de los medios propios de la sociedad, y no habrá empresarios y asalariados, sino trabajadores profesionales iguales con deberes para con la sociedad, que los remunera. Por consecuencia, no se verán rentas privadas bajo la forma de provecho ó de mercedes, sino remuneraciones debidas exclusivamente al trabajo en razón de su cantidad y de su calidad. Aquellos que presten á la sociedad servicios de utilidad general, como los jueces, los empleados, los profesores, los artistas, los pensadores, recibirán una parte de la producción nacional en proporción del tiempo de su trabajo. Los medios necesarios para cada clase de producción deberán ser determinados por la administración encargada de la venta y por el comité directivo. La industria social será regulada por determinaciones semejantes de organismos públicos. La diminución y el exceso ocasional de los productos requerirán una reserva anticipada ó un depósito en los al-

macenes sociales, los cuales se convertirán en *entrepôts*.

Marx, en su libro *El Capital,* parte de los principios de los más célebres economistas de distintos países. Galiani había dicho que la fatiga es la única causa que da valor á las cosas; que el valor se mide por el trabajo, y éste por la duración, y que el valor de un producto es igual á la nutrición que los obreros consumen durante el tiempo de la producción. También Beccaria admitió como causa reguladora del valor la fatiga. Más tarde Smith y Ricardo admitieron que la única fuente y medida del valor es el trabajo. Locke y casi todos los economistas han hallado el origen de la propiedad en el trabajo. Bastiat demostró que los servicios se cambian por servicios. Ahora bien; Marx supone como verdades inconcusas todos estos conceptos de la escuela económica ortodoxa, y saca con gran lógica las consecuencias de tales principios. El postulado fundamental de que su sistema depende es éste: en toda mercancía hay un valor en uso y un valor en cambio. El valor en uso se refiere á las necesidades á cuya satisfacción está destinado el producto; por el contrario, el valor en cambio responde á la conmutación de los productos, á su poder de adquisición. En las sociedades primitivas predominó el valor en uso; en la sociedad adelantada sobre la base de la división del trabajo predomina el valor en cambio. El trabajo crea el valor en cambio, el cual debe, no obstante, contener también algo de valor en uso. El trabajo ó empleo de la fuerza humana, que acompaña al consumo de la sustancia cerebral nerviosa y muscular es lo que hay de común en todas las mercancías, es la medida del valor en cambio. El trabajo creador del valor es el socialmente necesario; con la cual idea en-

mienda Marx la teoría de Smith y de Ricardo. Si la hilandera de vapor produce en un tiempo igual treinta veces más tela que el trabajador hilandero, éste, aunque se afane, durante un mes producirá una tela á la que no se atribuirá más valor que el de un solo día de trabajo. El trabajo se mide fácilmente por sí mismo mediante su duración; por tanto, si en dos ocupaciones tiene una duración igual, merece igual precio. Pero, ¿á quién pertenece de derecho este valor en cambio? El que produce y vende mercancías desea seguramente obtener ventaja de las mismas; tiende á crear con su industria un exceso de valor. El exceso real de valor es efecto del trabajo, el cual tiene la virtud de crear un valor en cambio mayor que el que él mismo contiene. El capital no crea valor; la fabricación reproduce valores consumidos. La máquina no produce valor, sino que transmite el suyo propio á los objetos que fabrica ó perfecciona. Si no existiese el exceso real del valor generado por el trabajo, nadie se tomaría la pena de trabajar. Mas lo que para el operario independiente es fuente perenne de nuevo valor, para el asalariado es sustracción, hurto de lo que le pertenece, puesto que el capitalista hace suyo el valor que corresponde al asalariado, pagando al trabajo tan sólo los gastos de producción, los cuales son inferiores á su utilidad. El capitalista da al obrero precio inferior á su fuerza útil, cuyo valor se determina por el empleo de la fuerza misma y del tiempo, y se equipara al costo de los alimentos necesarios para la vida del que trabaja y de su familia; con lo que se apropia toda la ganancia que deriva del trabajo injustamente prorrogado. Dicho capitalista se embolsa el producto de seis horas de las doce que trabaja el obrero, el cual sólo debiera trabajar seis horas para proporcionarse

los géneros alimenticios. El operario vende su propia energía por un taler al propósito de producir un trabajo continuado de seis horas, y por este mismo precio trabaja doce horas. En esto se encuentra el secreto extraordinario aumento del capital; aquí están la injusticia y la tiranía, de las que la sociedad no puede librarse sino aboliendo la propiedad privada y organizando un colectivismo que se apoye sobre la división del trabajo, puesto que la humanidad no puede caminar hacia atrás.

El comunismo y el socialismo han nacido siempre como resultado de la aparición de los dos extremos de la opulencia y de la miseria, de la falta de una extensa clase media, de la máxima división del trabajo, por virtud de la cual parece que la facilidad de enriquecerse está en razón inversa del mérito personal, de la alteración del sentimiento del derecho por obra de continuas revoluciones, y de las pretensiones de las clases inferiores, provocadas por las constituciones democráticas. Roscher demuestra en sus *Principios de economía política* que la difusión de semejantes sistemas en la época de la decadencia griega y de la corrupción en la república romana y en el período de la Reforma, así como también en los tiempos presentes, ha provenido de las condiciones indicadas. Sin embargo, preciso es discernir bien los caracteres particulares de tales utopías en nuestros días. Lo cual se consigue reflexionando sobre la mayor conciencia de derechos engendrada por los progresos de una instrucción incompleta y sobre la rapidez con que en el día de hoy se propaga cualquier movimiento. Por otra parte, debe recordarse que la odiada y tiránica corporación de artes y oficios no había separado los intereses del obrero de los intereses del patrono, aun cuando había

sido causa de infinitos males y de grandísimo retardo en el desarrollo de la industria; antes bien, en ella predominaba el trabajo, en cuanto dependía más de la habilidad y de la excelencia del arte que no de los bienes de fortuna el que el díscipulo fuese promovido al grado de maestro. Disuelta la corporación por efecto de un benéfico movimiento de cosas humanas, y habiéndose establecido la producción en grande, se formaron dos clases muy diferentes: una que suministraba los medios de producción, ó sea el capital, y otra destinada al trabajo. Ahora, entre el capitalista y el obrero hay siempre mucha distancia: la experiencia nos muestra al uno hastiado en la abundancia, y al otro acaso privado de lo necesario y sumido en la miseria y en la estrechez. Es natural que una diferencia tan notable entre ambas clases deba provocar envidias y á la postre una reacción más ó menos violenta. Tal reacción es el origen del moderno socialismo, cuyos errores se explican, como varios otros errores en la historia, con las necesidades humanas no satisfechas.

El principio de que parten los colectivistas no es exacto, puesto que confunden el concepto de la simple condición de un desarrollo con el más complejo de la base determinante ó del motor. Reconocemos con Littré y con otros que el bienestar económico es la condición necesaria para el progreso científico, religioso y político; pero no creemos que sea el motor de tal progreso, pues este motor es el pensamiento, en cuanto se agita en la historia y que desde los tiempos *mudos* pasa á los tiempos de *fantasía*, y desde el predominio *heroico* á la época en que la razón *se despliega toda ella*. Ciertamente, el estómago es un presupuesto orgánico indispensable del entendimiento y del sentimiento espiritual, pero no es la causa de las sublimes elevaciones

del genio ó de los ejemplos del heroísmo. Que el espíritu sea el motor de la economía de los pueblos y de los Estados, se prueba considerando la influencia del saber, de la fe y de las organizaciones políticas sobre el trabajo. La ciencia va sustituyendo cada vez más al trabajo del hombre la actividad de la naturaleza; y, por tanto, consagra diariamente numerosas victorias de la inteligencia sobre la materia, gracias al descubrimiento de importantes procesos. La fe cristiana pone de relieve el principio de la personalidad individual, el cual, junto con el concepto de socialidad, es el fundamento de la ciencia económica. Hoy en día no hay la menor duda de que para gran parte de los colectivistas y de los socialistas, si no para todos, pues hay entre ellos algunos cristianos, el budhismo, en el que toda actividad queda absorbida y en que todo se anula, debe anteponerse á la misma religión cristiana. ¿No dice acaso el célebre Bakunin, en la carta escrita á Mazzini por encargo del comité central de Londres, aceptando la acusación de ateísmo y de materialismo, que nosotros somos pobres individuos que como el flujo nos alzamos, para desaparecer inmediatamente en el mismo océano de la vida colectiva? Por último, adviértese que arraigando la libertad política en las costumbres de los pueblos y extendiéndose, no puede menos de engendrar la libertad económica, aun cuando el desarrollo de la una no sea siempre contemporáneo con el de la otra, como se ve por la reciente experiencia que nos ofrecen América y Francia. América, la cual tiene formas democráticas, ha adoptado el proteccionismo en los cambios internacionales; y la Francia del segundo imperio, si ha sido liberal en el comercio, ha sido, no obstante, autoritaria en política.

La feroz guerra iniciada contra el capital en nombre

de la desconocida causa del trabajo es absurda, puesto que trabajo y capital son originariamente la misma cosa. Y es obvio que, multiplicándose el capital, el trabajo aumenta, y disminuyendo aquél, disminuye la recompensa de éste. Por otra parte, los graves males producidos por el actual sistema de distribución del valor, por el cual los patronos adquieren cada vez mayores riquezas y los obreros continúan viviendo muy miserablemente, pueden eliminarse con la difusión del capital y de la propiedad. Hágase que el obrero pueda convertirse en poseedor de un capital, y la cuestión del pauperismo se encauzará por la vía de una no lejana solución. El movimiento cooperativo tiende á este fin de varias maneras, pero dentro de ciertos límites; y este movimiento es rechazado por los colectivistas, los cuales dicen que la cooperación es madre de muchos tiranuelos y de falsos hermanos, peores que los mismos capitalistas actuales. La cooperación, dicen, crea una nueva clase que tiene un pie en el campo de la burguesía y otro en la del proletariado. Además de la cooperación, la cual no se ha desarrollado todavía completamente, y aplicada á la producción no ha sido aún ensayada en todas las formas que puede serlo, hay que aprovechar y obtener grandes beneficios del sistema de la participación de los obreros, sistema que se halla aún en sus comienzos. Estas son las maneras de facilitar la adquisición de las propiedades, á las cuales deben añadirse aquellas que aumentan la oportunidad de ciertos favores industriales prestados á las clases obreras mediante proporcionados y convenientes instrumentos de crédito, de ahorro y de seguros. No pequeña es la ventaja de una mayor extensión y de una organización sana y eficaz de aquellas uniones ó sociedades de resistencia que se han

hecho exprofeso para desmentir la afirmación de que el obrero, si no se quiere morir de hambre, está obligado á ceder ante las exigencias del empresario. Las sumas depositadas en las cajas de ahorros, las recogidas por las uniones, las gastadas en beber y en la economía doméstica mal dirigida, demuestran que no pequeña parte de los obreros posee medios con que poder constituir el principio de la propia emancipación, si se le ofrecieran buenas oportunidades de usar de él con ventaja en empresas productivas, como nota Rae. Todavía están por experimentar las reformas de una acertada y sabia legislación social que tenga por objeto el mejoramiento y la emancipación de las clases inferiores. Estas reformas se proponen, bien la baratura en la vida del pueblo, bien la difusión de la capacidad productiva, la conservación de las fuerzas físicas de los obreros y los fines de previsión posibles en tales clases. Dichas reformas parten siempre del principio de que el Estado tiene la misión de completar, de ayudar, de integrar la deficiente actividad de los individuos, aunque sin sustituirse en lugar de la iniciativa de éstos; como así bien tiene el deber de proteger la libertad de los débiles. A las consecuencias de las crisis y de las vicisitudes del trabajo se puede atender mediante un buen sistema de seguros, que es también materia de legislación social.

Los socialistas exageran los males del actual sistema industrial cuando afirman que el mismo está produciendo todos los días crisis tremendas con exceso constante de población obrera, á causa de la rapidez de las transformaciones técnicas y de los cambios vertiginosos en las relaciones mercantiles. La experiencia nos ha mostrado que las máquinas han empleado siempre muchos más brazos de los que han inutilizado, y que

aumentando la producción, ha aumentado por regla general la demanda de trabajo. Las crisis comerciales y financieras son hoy más frecuentes, pero menos graves y violentas que en el siglo pasado, especialmente por lo que hace á las naciones que se rigen por el libre cambio. Los perjuicios de una especulación directa y temeraria pueden disminuirse siempre con la organización de buenos centros de estadística, sobre lo cual insisten los socialistas con razón. La mayor extensión de la propiedad privada y el desarrollo de la libertad personal son los dos grandes factores del progreso moderno. Ningún partidario del socialismo ha demostrado que la propiedad privada no aumente ni acelere la producción, porque es imposible sostener seriamente que la administración pública muestre más interés y vigilancia que la empresa privada, y que la menor responsabilidad del obrero, seguro de su posición y de su porvenir, pueda producir mejores efectos que el sistema actual. Lassalle declara que si el socialismo no hace aumentar la producción, no es económicamente justificable; y tiene razón. Pero la naturaleza del socialismo es tal, que no podrá nunca producir el efecto deseado por Lassalle y por los economistas, los cuales dicen á una voz que el sistema preferible es aquel por el cual las cosas, los bienes y la tierra suministran mayor abundancia de productos y nutren un número mayor de hombres. Este sistema ha estado representado siempre por la propiedad privada, que contiene el incentivo más poderoso y confiere la máxima energía á la producción. Ni ha sido todavía demostrado que el socialismo sea favorable al otro factor del progreso, es decir, al principio de la libertad individual; antes bien se ha probado lo contrario, supuesto que la organización industrial socialista tiene

que aparecer y desarrollarse mediante la autoridad de la administración pública, á la cual le corresponde la misión de dirigir y organizar el trabajo colectivo. Schäffle, socialista, escribe que la victoria ó la derrota definitiva del socialismo depende de la posibilidad de un acuerdo entre la organización unitaria de la producción y el principio individualista: si el acuerdo no es posible, el socialismo será vencido. El socialismo vencerá, según él, si admite que cada cual debe tomar parte en el trabajo en su interés privado, tan activamente como la toma en el sistema actual; si reconoce que cada cual debe sufrir la pena de su culpa ó negligencia y merecer recompensas adecuadas al mérito; y si puede dirigir las numerosas fuerzas del trabajo de manera que resulten cada vez más productivas, no por efecto de mandatos, sino por virtud del interés individual. Schäffle añade que él está convencido de que el socialismo puede de esta manera armonizarse con la libertad; mas confiesa que ahora no presenta las garantías necesarias para la actuación de este acuerdo. Y en verdad, á nosotros nos parece que el socialismo no podrá ofrecer nunca tales garantías, dada su esencia propia, que el mismo Schäffle ha expuesto. ¿Cómo puede el socialismo conciliarse con el principio de la libertad de la persona, si se funda sobre la sustitución del capital colectivo al capital privado, sobre la organización unitaria de la producción, sobre la división pública del trabajo y sobre la repartición de los productos colectivos de toda clase entre los trabajadores? El socialismo, por amor de la igualdad, sacrifica la libertad, que es fuente de condiciones desiguales y desemejantes. En conclusión, si el socialismo es el definido por Schäffle, resulta esencialmente inconciliable con el principio de la personali-

dad individual; si es algo distinto, dígasenos lo que es, en qué consiste, y entonces veremos si puede armonizarse con el mencionado principio.

Los socialistas y los colectivistas se valen de una noción vaga é indefinida del progreso, que es movimiento: el movimiento, dice Galileo, no *puede darse sin otro apoyo, sin la inherencia en su sujeto;* por lo que el movimiento es siempre determinado por la naturaleza del móvil. Esto supuesto, claro es que no se puede concebir un progreso no regulado por la cosa que progresa, ó un movimiento histórico del hombre, al que le falte gran parte de los sentimientos y de los impulsos racionales del ente humano. Aristóteles afirma que hay dos cosas que impulsan á los hombres á amar, que son lo *propio* y lo *caro,* y que sin propiedad no es posible la *vida* ó una *buena* vida. El progreso de los modernos colectivistas es de esta clase, porque prescinde á menudo de la religión y de la nacionalidad, y siempre del elemento de la persona individual, reputado bárbaro y egoísta. Negar á Dios y la religión, porque el uno es invocado y la otra es apreciada por todo el mundo oficial, oficioso, aristocrático ó de cualquier otro modo privilegiado de Europa, por las grandes sanguijuelas de la industria, por la policía alta y baja, por los funcionarios del Estado, por los gendarmes, por los verdugos, por los curas, por los frailes, por los redactores de la prensa asalariada y por los versalleses, es lo mismo, diría Mazzini, en su carta á los italianos contra la *Internacional,* que negar el aire, porque á veces está contaminado por miasmas mortíferos y porque es el conductor del rayo y del cólera. En este caso el miasma pestilencial no es seguramente la fe sincera de tales clases, sino la hipocresía de la tiranía. Después, la idea de sustituir la nación

con el municipio autónomo es una reminiscencia de la vida infantil de los pueblos, pues éstos han pasado desde la vida de municipio á la de nación. Suprimida la nación, no es posible llegar fácilmente á aquel espíritu de fraternidad general de las varias agregaciones sociales, á que han tendido todos los proyectos de reforma y todos los esfuerzos de los socialistas. La mente teórica y práctica no llega á los más amplios universales sino pasando por la serie de los universales menos amplios. Como el socialismo se coloca en la esfera de estos universales más amplios, y por encima de la fase nacional, no sabe explicarse por qué un pueblo debe ser propietario de un terreno en el que la naturaleza ha vertido sus dones á manos llenas y otro debe contentarse con un terreno ingrato. ¿No es la tierra patrimonio común de la humanidad? ¿No es la ocupación tan injusta entre pueblo y pueblo como entre individuo é individuo? ¿No entran la violencia y el fraude en estas adquisiciones lo mismo que en las privadas?

El concepto del organismo ético es en sí concreto, porque comprende la persona social ó el todo, y también á la parte se la considera como sujeto consciente y libre. Tal concepto nace en tiempos de madurez y representa la armonía entre dos elementos opuestos que han estado luchando durante un largo período, esto es, el elemento político y el elemento individual. En un principio predominaba el Estado, y la persona privada no tenía valor alguno por sí misma; después predominó esta última, y el Estado, reducido á una realidad convencional, se convirtió en un simple medio para la tutela del individuo. Ahora, el comunismo y el mutualismo representan un retroceso, puesto que resucitan la vieja idea pagana de la sociedad absorbente, imagen perfecta del organismo natural, en el

que la parte no es más que un medio, y no posee individualidad propia. Esta vieja idea la revisten los modernos socialistas más bien de formas industriales que políticas, en cuanto el Estado se presenta á sus ojos como el natural distribuidor del trabajo. La cual innovación se explica sin dificultad recordando que para los partidarios del sistema en cuestión los problemas económicos son la base determinante de los procesos científicos, religiosos y políticos. En tales sistemas, la libertad del particular se concibe de un modo abstracto y general, ó sea prescindiendo de sus naturales diferencias, y hasta independientemente de la materia á que se refiere; mas generalizada y aislada de este modo, no puede negarse ni impedir que se deduzca lógicamente la famosa *igualdad de hecho* (tanto en la esfera moral como en la económica) del absurdo *dominio colectivo de los instrumentos de trabajo* y de la no menos errónea *equivalencia absoluta y universal de las funciones.*

El principal error de Marx depende de las teorías de Galiani, de Smith y de Ricardo, ó sea de creer que el valor se funda tan sólo sobre el trabajo, siendo así que supone también la utilidad. Para producir en el invierno un calor igual al del verano es preciso una mayor cantidad de carbón; pero si la cantidad del trabajo de extracción fuese la misma en las dos estaciones, el valor en cambio del carbón aumentaría ciertamente en el invierno. En un día de caza, dice Laveleye en su libro *El Socialismo contemporáneo,* se mata un ciervo y una liebre; los esfuerzos y la duración del trabajo son iguales; mas mientras que el ciervo puede alimentarme durante cinco días, la liebre no me alimenta más que uno; de donde se sigue que el ciervo vale bastante más que la liebre, porque tiene

mayor utilidad. Que la utilidad sea un elemento imprescindible del valor se demuestra con la misma teoría de Marx sobre el trabajo socialmente necesario. El hilandero, por ejemplo, realiza en un mes la cantidad de labor que la hilandera de vapor realiza en un solo día. El comprador dará al obrero, que ha trabajado durante un mes, el mismo precio que pagaría al propietario de la hilandera de vapor, puesto que paga al trabajador, no en razón de los esfuerzos hechos durante un mes, sino en razón del servicio que le presta; y lo paga en proporción de tal servicio, ó sea en relación á la utilidad que ha producido. Galiani vió estos dos factores del valor y los llamó raridad y utilidad, entendiendo por raridad lo que nosotros los modernos llamamos poder de adquisición; antes bien, exageró la eficacia de la una y de la otra, puesto que admitió que el valor debe desarrollarse en perfecta proporción con la raridad y con la utilidad. Ahora, no es exacto que el precio de los productos, que es su valor en moneda, crezca necesariamente tanto cuanto se eleve la demanda (que corresponde á la utilidad), y que disminuya tanto cuanto se despliegue la oferta (que corresponde á la raridad), porque sobre la carestía ó la baratura influyen de diferente manera, y según la diversidad de los productos, los sentimientos, los juicios, los deseos y los temores. Marx no ha seguido á Galiani en esta doctrina; pero ha aceptado sus ideas al tratar del valor normal, reduciendo á sólo el trabajo la medida del valor en cambio, con lo que ha caído en error. Pues los productos cuestan no sólo por el trabajo que se emplea en ellos, sino también por la conducta de una persona, la cual ó se abstiene de usar improductivamente de una riqueza que está á su disposición, ó deliberadamente prefiere á la pro-

ducción de resultados inmediatos la de resultados remotos. Se ha observado que la teoría de Galiani, de Smith, de Ricardo y de Marx no puede ser aplicada á varios fenómenos económicos importantes. La elevación general de los salarios es aumento del valor de los productos en que el trabajo, comparativamente al capital, entra en una proporción mayor; en tal caso hay un crecimiento de valor, no precedido de aumento alguno en la cantidad de trabajo necesario para la producción. Si fuese exacto el principio de Marx, los productos que requieren un trabajo más largo y más penoso deberían tener mayor valor; lo cual no tiene lugar en la realidad, antes bien, parece que ocurre lo contrario. Un mozo de cuerda recibe menos estipendio que un profesor, siendo así que el primero trabaja mayor número de horas que el segundo y con un trabajo más penoso. Un ministro tiene una gran dotación con respecto á la que recibe un profesor, aun cuando éste último haya gastado más tiempo que aquél en la preparación y en el aprendizaje. La causa de la diferencia de recompensas no está en la duración del trabajo ni en el tiempo empleado en la preparación, sino en la diversa utilidad social de los servicios prestados. Admitido el principio referido de Marx, no podría explicarse la existencia de las industrias en que predomina el capital fijo. Tales industrias deberían dar un provecho inferior á aquellas otras industrias que tienen un capital formado casi excluxivamente de salarios, puesto que el valor se aumenta tan sólo en razón directa de la cantidad del trabajo empleado; pero la experiencia nos enseña que no siempre sucede así. El capitalista no da al obrero todo el valor del producto, porque tiene que pagar el interés del capital y la renta del fundo y porque tiene que recibir el provecho correspondiente

á su actividad, á su sacrificio y á los riesgos que corre. Ciertamente, si el obrero fuese capitalista, las cosas sucederian de otra manera y no habría motivo de cuestiones ni de litigios. Pero ha habido y habrá siempre la deducción de una parte del tiempo del trabajo del obrero en favor de quien dispone de las cosas necesarias para la producción, porque la renta es un hecho natural y el interés es un hecho indispensable y no irracional. Si suponemos, dice von Sybel, que continuando las condiciones normales en las que los demás empresarios pagan un taler, llegara un día en que el fabricante pague al obrero por las doce horas de trabajo dos talers en vez de uno, y que así se doble el salario del obrero, éste no tendrá, según Marx, nada que pedir, porque el fabricante remunera justamente el trabajo de doce horas. Mas el fabricante se ha resuelto á doblar los salarios cuando ha previsto un cambio favorable á sus intereses, ó sea la próxima posibilidad del aumento en la demanda de los productos, y no quiere dejarse arrancar los operarios. En esta hipótesis, si la posibilidad se realiza, el fabricante se enriquece, no por el trabajo del obrero, sino por su inteligencia y por las circunstancias favorables. El exceso de valor es á menudo una consecuencia de tal inteligencia y de las oscilaciones del mercado. Marx se equivoca cuando reconoce una importancia excesiva y absorbente en el trabajo mecánico y cuando considera al instrumento como motor, dando á éste las apariencias del parásito; siendo así que el mismo dice que el capitalista crea el fin de la producción, coordina y dirige sus fuerzas. Cae también en otro error, creyendo que el salario sea por lo general el equivalente de lo que basta para la simple alimentación del obrero: error que ya hemos criticado.

La teoría de Marx se funda sobre hipótesis que sus secuaces aceptan como verdades de hecho ya demostradas y sobre las cuales no puede caber duda; sin embargo, tales hipótesis son muy discutibles, porque no responden á la realidad de las cosas. La primera hipótesis consiste en admitir que la jornada de trabajo comprende doce horas, siendo así que de recientes informaciones oficiales resulta que es á menudo de diez horas, y en algunas industrias se limita á nueve y aun á ocho. La segunda hipótesis, aun más lejana de la verdad, es que el obrero gana siempre, en seis horas de trabajo, el equivalente de lo necesario para su subsistencia y la de su familia. La tercera nos presenta al obrero resignado á no ganar más que lo estrictamente necesario, estando dispuesto á dar doce horas de trabajo al empresario, el cual sólo paga seis. Basta con enunciar tales suposiciones para apercibirse de que son arbitrarias.

De este análisis nada breve resulta que la propiedad del capital y del provecho es tan legítima como la del trabajo y la de su remuneración. De la propiedad del capital y de la libertad de la asociación y de la industria se deduce el derecho de los empresarios á reunirse y á entenderse para su mayor utilidad. Las coaliciones de los fabricantes no acompañadas de fraude, de amenazas y de violencias, no son delitos, como tampoco lo son las coaliciones y las huelgas de los obreros. En nuestros días, además de las coaliciones de los industriales por las cuestiones de los salarios, hay otras que se proponen limitar la producción y sostener los precios. Estas coaliciones se llaman en Alemania *Kartell*, en Francia *cartel* ó *syndicat*, en Inglaterra *ring, trust*, y en América *pool, corner*. Son de varias especies, pues ó regulan para cada participante

la cantidad de producción en un tiempo determinado; ó fijan un precio mínimo del producto, y esta fijación tienen que respetarla todos los miembros de la unión; ó asignan determinadas zonas de venta á cada participante; ó distribuyen la producción entre los miembros de la unión, de manera que todos trabajen y no haya ninguno desocupado ó sobrecargado de quehaceres. Todas estas especies son legítimas, porque son consecuencias de la propiedad del capital y de la asociación libre, y no suponen fraude ni violencia. ¿Acaso no puede el productor limitar espontáneamente su producción, ó convenirse con otros productores sobre el precio, sobre la zona de venta, ó entrar en una liga, en una fusión de sociedades comerciales? Aquí tenemos el ejercicio de un derecho, análogo á aquel que corresponde á los obreros para constituir sus reuniones; y el Estado no puede menos de reconocerlo, si quiere ser justo con todos. En tales casos resultará perjuicio para el consumidor, el cual se verá obligado á pagar algo más por el producto; pero no debe olvidarse que semejantes coaliciones impiden la ruina de importantes industrias nacionales, amenazadas en su existencia, y por tanto, favorecen á los obreros. Si los obreros pierden como consumidores una pequeña parte, en cambio ganan como productores.

CAPÍTULO IX

La propiedad comercial, el derecho de autor y el de inventor.

La propiedad comercial nace de la industria comercial. Es por su propia naturaleza mediadora, porque haciendo uso de los cambios y del transporte, facilita las relaciones entre productores y consumidores, presuponiendo el fin de la especulación ó el riesgo de la ganancia y de la pérdida. El comercio es interior y exterior, según que tenga lugar dentro del Estado ó fuera de él; es de distribución cuando consiste en compras y ventas al por mayor y al por menor de cosas adquiridas antes para tal fin; es de transporte y de reserva si aproxima á los consumidores de un lugar los productos de otros países, ó despacha en los días de carestía los objetos comprados en tiempo de abundancia. Llámanse mercancías los bienes enajenables de cualquiera clase que se convierten en materia de especulación mercantil. Con esta condición son mercancías los muebles, como las sustancias alimenticias, los géneros, y especialmente el dinero y el papel moneda; algunos bienes incorporales, como el crédito y la clientela de una profesión ó comercio; pueden ser tam-

bién mercancías los inmuebles, con referida condición, si forman objeto de especulación, si se venden y compran para revenderlos. En todos los casos, los bienes convertidos en mercancías adquieren un nuevo valor, que sin duda pertenece á quien añade trabajo al del productor, como á quien emplea ó arriesga su propio capital. El comerciante libra á los productores y á los consumidores del trabajo de buscarse directamente y de encontrarse; les evita una no pequeña pérdida de tiempo, anticipa capitales, provee al transporte, conserva los productos, corre el riesgo de no venderlos y despliega toda su actividad como intermediario. La propiedad de la mercancía se justifica, pues, con el mismo principio de la persona, que es el fundamento de toda especie de dominio.

Admitidos el derecho de propiedad y la libertad del trabajo, resulta como consecuencia lógica la libertad del comercio, la concurrencia. El propietario de una cosa tiene, sin duda, el derecho de cambiarla y recambiarla como mejor le parezca, justamente porque tiene sobre ella una potestad plena. Si el individuo puede elegir libremente su profesiôn ú oficio, y ejercer uno ó más de uno; si puede trabajar con quien quiera, como quiera y cuando lo estime oportuno, los demás individuos son también libres de consagrarse al mismo oficio que él y hacerle competencia. Romagnosi dice que el libre cambio es un principio inconfutable de derecho privado y público, y no se equivoca. Que sea un principio de derecho privado, está fuera de cuestión, porque se enlaza tan íntimamente con el derecho de propiedad, que se convierte y se muestra de un modo demasiado claro como un efecto lógico del mismo. Antes que Romagnosi, había Turgot presentido y afirmado esta verdad. El libre cambio es

un principio de derecho público moderno, porque se funda sobre la división territorial del trabajo entre las naciones, evita el gasto inútil de las fuerzas productivas, es causa de aumento y de perfección de los productos (cuyo precio disminuye), estimula la concurrencia, difunde los descubrimientos, multiplica las relaciones entre los hombres, hace solidarios los más apartados intereses y es prenda de paz y de fraternidad. Mas no conviene detenerse en consideraciones abstractas; precisa mirar y estudiar también las cosas en concreto. La teoría pura y extrema del libre cambio está relegada en los manuales de economía política, y no la aceptan los nuevos escritores, porque supone verdaderos en el hecho dos conceptos que no siempre lo son, y confunde la simple tendencia abstracta con la realidad. Tal teoría parte de estas dos premisas: de la unidad y del cosmopolitismo del mercado, sin tener en cuenta la suerte que puede tocar á los singulares elementos que concurren en el mercado universal; y de la hipótesis de que los obreros sean también propietarios. El bienestar universal puede alguna vez obtenerse con la ruina de una ó varias naciones; pero estas tienen el derecho y la obligación de proveer á su salvación, especialmente cuando tienen en sí mismas las condiciones iniciales para el desarrollo favorable de algunas industrias que podrían ser muy pronto destruidas por la concurrencia extranjera. Por otra parte, si el libre cambio favorece á los obreros en cuanto consumidores, puede perjudicarles grandemente como operarios. Ellos sentirán el perjuicio de un modo notable, porque ordinariamente no son propietarios y no gozan de las ventajas del libre cambio en proporción del daño que, en ciertos casos, puede provenirles de su aplicación. Por tanto, el princi-

pio debe ser contrapesado y armonizado con las condiciones particulares de la industria nacional, y proceder por grados. Los tratados de comercio, mejor que las tarifas generales fácilmente revocables, tienden á establecer temperamentos y á buscar la aplicación gradual del principio, dejando á las convenciones consulares el cuidado de llevar á la práctica la libertad de comercio por respecto al ejercicio de la industria, de las profesiones y de los tráficos en el extranjero. Reconocida esta libertad, claro es que se deben condenar las antiguas concesiones de monopolios á compañías de comercio, los antiguos reglamentos y todo cuanto impedía la libre circulación, como las aduanas provinciales, los peajes, el precio legal, etc.

La concurrencia de un individuo es siempre un derecho, aunque cause daño á los demás que ejerzan la misma industria; pues es máxima incontrastable de derecho la de que nadie produce injuria á otro poniendo en acto las propias facultades concedidas por la razón y por la ley. En tanto que se ejercita el derecho de la concurrencia, no se responde de daño; pasado este límite, comienza la obligación del resarcimiento, porque aparece el delito privado, que es lesión de un interés patrimonial bajo la forma de facultad jurídica. En tal caso, el delito privado lleva el nombre de concurrencia desleal, como dicen los juristas franceses. La concurrencia es leal y reconocida cuando uno emplea todos los medios lícitos de que dispone para procurarse el mayor número posible de clientes ó de consumidores; pero es desleal cuando se emplea la falsificación y la alteración. Varias son las especies y los modos de concurrencia desleal: existe la denigración pública, mediante anuncios y prospectos, de los productos ajenos; existe la usurpación del nombre

ajeno, de la razón social, de la marca de fábrica ó de comercio: cosas todas que representan la fuerza atractiva que ejerce el comerciante sobre los consumidores. Son también casos de concurrencia desleal la transgresión de una relación contractual, por la que un individuo se obliga á no hacer concurrencia á otro, y la violación de los secretos de fábrica, realizada por un operario que haya salido de los talleres donde hubiera aprendido tales secretos. Estas especies de concurrencia desleal son otros tantos modos de lesionar el crédito, la reputación adquirida, el *achalandage* de los escritores franceses y belgas, que tiene gran valor económico, entra en el patrimonio y constituye una verdadera propiedad comercial, en cuanto es enajenable y es materia de especulación. La razón social, la enseña, la marca emblemática se refieren al *achalandage,* como signos representativos del mérito del fabricante y del comerciante, y forman también una propiedad industrial y comercial aparte.

No se puede menos de experimentar maravilla al comparar la idea moderna del comercio y de la propiedad comercial con la primitiva, como puede advertirse leyendo el libro de Cognetti de Martiis titulado *Las Formas primitivas de la evolución económica*. De las narraciones de viajeros merecedores de crédito resulta que hay pueblos salvajes que carecen de todo concepto del cambio, puesto que aceptan lo que se les ofrece y no comprenden que tienen que dar el equivalente que se les pide. El hombre primitivo, lo mismo que el niño, lo desea todo, trata de apoderarse rapazmente de lo que le gusta, es egoísta, se halla dominado únicamente por los impulsos sensibles, y sólo después de mucho tiempo puede habituarse al sistema de las permutas. En los primeros tiempos de tal sistema, el

egoísmo y la rapacidad del salvaje se transforman en mala fe, en engaño, á lo que contribuye el hecho de que á los extranjeros se les considera como enemigos. La permuta es primeramente silenciosa, se realiza en zonas neutrales, donde los contratantes, sin verse ni oirse, van, vienen, depositan, aumentan ó disminuyen las mercancías, y de esta manera manifiestan sus intenciones. Después se instituyen los convenios, y luego en las zonas neutrales los mercados temporales y estables, en los que dominan las costumbres y en los que sobre la libertad de los contratantes domina de un modo absoluto la autoridad de los jefes. Del mercado se pasa á la fase de los mercaderes ambulantes y á la de las caravanas, á las que suceden las expediciones marítimas y las empresas comerciales, como las intentaron y realizaron los fenicios. Los griegos y los romanos desdeñaban el trabajo, que confiaban á esclavos, porque creían que el ocio es la condición de la vida del ciudadano, ó sea de aquel que participa del gobierno de la cosa pública. Las artes fueron condenadas por Jenofonte, por Platón, por Aristóteles y por Cicerón. Los griegos y los romanos aborrecían también, por la misma razón, el comercio, y trataban, al menos en los primeros tiempos, de sustraer el Estado al influjo del comercio exterior. Esta tendencia se explica mediante las costumbres predominantes en los tiempos primitivos. En efecto, el comercio externo altera las costumbres y el derecho de los padres y de las gentes mayores; parece que destruye las bases de la sociedad. En este tiempo no hay leyes comerciales distintas de las civiles: el antiguo derecho civil, como el romano, contiene también disposiciones para los asuntos de comercio, y por tanto, regula la propiedad, de que ahora se trata. Este es el momento de la síntesis legislativa pri-

mitiva. En la Edad Media se inicia el análisis, nacen nuevas formas comerciales y las antiguas adquieren nueva significación: por ejemplo, surgen la comandita y los contratos de bolsa, y adquieren distintos caracteres el cambio, la sociedad, la compraventa, y la comisión. En un principio son las costumbres lo que disciplina estas relaciones; más tarde, las costumbres se convierten en estatutos de los comunes y en argumento de profundos estudios por parte de la escuela de Straccha, de Casaregis, de Anzaldo, etc. La codificación aparece en Francia con la ordenanza general de 1673 y con la de la marina de 1681. Los nuevos códigos mercantiles y las nuevas leyes especiales, al tener en cuenta el gran desarrollo de la propiedad mueble en todas sus fases y la limitada comercialidad de los mismos inmuebles, extienden y refuerzan la protección de aquel dominio que deriva de la *commutatio mercium*, y se inspiran en el concepto de la libertad de las combinaciones mercantiles y del cambio. La legislación moderna se había casi enteramente librado de aquellos prejuicios que daban existencia al sistema de la balanza de comercio, al proteccionismo, al sistema colonial y á las concesiones de monopolios, antes de que se verificara el reciente retroceso al antiguo sistema. Sin embargo, dicha legislación moderna tiende siempre á hacerse uniforme en los asuntos comerciales más que en ofras partes del derecho, por cuanto los intereses del comercio se enlazan y se mezclan de manera tal, que en ellos se prescinde del elemento nacional.

Pasando ahora á estudiar el derecho del autor y del inventor, debe ante todo recordarse que en los tiempos anteriores á la invención de la imprenta no había un interés económico del autor diferente del de propieta-

rio del producto; por tanto, no se sentía la necesidad de una tutela jurídica especial, como nota Del Giudice en la *Enciclopedia jurídica*. Las dificultades para la reproducción del manuscrito eran no pequeñas, y el comercio de libros era escaso. Inventada la tipografía, fué fácil la reproducción, y el comercio de libros se extendió muchísimo; de donde provino la aparición de la tutela especial, que primeramente revistió la forma de privilegio de edición y de monopolio tipográfico. En el siglo pasado se combatieron todos los privilegios, entre ellos el de edición; y como no se encontraba ninguna disposición particular en el derecho romano ni en los estatutos, se recurrió á la garantía común del derecho de propiedad. El derecho de autor y de inventor se transformó en propiedad literaria, artística, industrial; lo cual sucedió por obra de los filósofos como Diderot, Fichte, Hegel y Schopenhauer, por obra de los juristas, y por efecto de las leyes francesas. Sin duda alguna, en los libros, en las obras de arte y en el descubrimiento de máquinas y de procedimientos industriales hay que reconocer un elemento común y un elemento propio. El primero consiste en las ideas, en las verdades, las cuales son de todos: todo autor ó inventor se asimila los conocimientos que forman el patrimonio colectivo de la mente humana. El segundo consiste en la indagación, en la actividad intelectual de quien realiza una nueva elaboración de las ideas comunes, añadiendo una forma que antes no existía. Esta forma se expresa en el papel, en el lienzo, en el mármol, en la imprenta, en el sonido, en la máquina y en el procedimiento inventados, y en cuanto ha tomado cuerpo, constituye el contenido del derecho de quien ha realizado el trabajo. Justo es que la sociedad admita y garantice el nuevo trabajo, reconociendo el

derecho de autor y de inventor; pero este derecho no debe causar perjuicio á los intereses de la humanidad, la cual progresa de esta manera puesto que al difundirse las nuevas ideas y las nuevas invenciones, se ponen á disposición de todos aquellos que quieren aprovecharse de las mismas.

Se objeta diciendo que la ley no debe proporcionar por la fuerza salidas á los productores, los cuales tratarán de vender los libros y los inventos en las condiciones que quieran. Una vez vendidos los libros y los inventos, el comprador tiene derecho pleno sobre los unos y sobre los otros, y el vendedor no tiene ya nada que pedir. Mas no se tiene en cuenta que semejantes consideraciones pueden valer, como en efecto valen, sólo para los productores ordinarios, los cuales cuando no vendan sus productos tendrán desgracia, pero siempre retienen la propiedad de los mismos. No ocurre esto con los autores é inventores, pues éstos pueden ser desposeídos por el primer tipógrafo ó fabricante. Se ha observado que en los productos industriales el valor todo está en el objeto elaborado, y por tanto, basta con la garantía común de la propiedad; mientras que en los productos espirituales la materia es simple signo de las ideas y con relación á éstas tiene poquísimo valor; por lo que la proyección de la propiedad de la materia no es compensación suficiente, siendo necesaria una tutela especial. La sociedad, pues, está obligada á asegurar al autor un derecho exclusivo de reproducción y de venta, y al inventor el uso exclusivo del descubrimiento. No es verdad que vendido un ejemplar del libro, el comprador pueda reimprimirlo por su cuenta, porque causaría lesión al derecho del autor, haciendo suya la utilidad patrimonial que á éste corresponde, sin haber puesto nada de

su parte. Cuando se compra un ejemplar, no se adquiere otro derecho que el de leerlo, estudiarlo, prestarlo, regalarlo, es decir, de sacar de él todo el provecho intelectual posible, y aun el de quemarlo, si se quiere.

El derecho de autor ó de inventor no puede en rigor llamarse derecho de propiedad, porque la propiedad es por su naturaleza perpetua y hereditaria, y aquí no existen tales caracteres. Ademas, la sociedad no puede consentir que los libros y los descubrimientos queden á merced de los herederos, á menudo ignorantes y egoístas y siempre en litigio con los perfeccionadores; la sociedad tiende á dar á las obras del ingenio libre circulación, una vez transcurrido el tiempo necesario del derecho exclusivo, durante el cual se reputa que el autor y el inventor han sido suficientemente recompensados. Si se convirtiera el derecho de autor y de inventor en propiedad, por una parte, surgiría una confusión acompañada de frecuentes litigios entre el que ha inventado y el que ha perfeccionado ó creído perfeccionar un procedimiento, una máquina; y por otra parte, surgiría una especie de opresión de la humanidad á causa del egoísmo de los herederos. Y no es racionalmente posible que el dominio, el cual pone en acto la ley del bien, como advierte Vico, produzca desórdenes é injusticias y haga estacionaria la vida humana, no consintiéndola el progreso intelectual. Ni el derecho de autor y de inventor debe considerarse bajo el aspecto de un mero derecho personal, puesto que en el fondo es una relación directa entre persona y cosa, entre el autor ó el inventor y el libro ó el invento, productos ambos de la actividad individual. En el derecho de autor ó de inventor el elemento personal se halla subordinado al elemento económico, y esta subordinación es la causa de la transmisibilidad del dere-

cho mismo por actos entre vivos ó por sucesión. La subordinación del elemento personal al elemento económico significa que la obra literaria ó industrial se considera como un interés económico; como un valor patrimonial, no como un producto espiritual importante que da renombre y fama. El derecho de autor ó de inventor comprende el provecho que puede sacarse del trabajo intelectivo incorporado en una forma dada, y no abraza aquella propiedad incorporal que se llama la reputación de autor, de inventor ó descubridor de verdades y de leyes de los fenómenos, la cual existe siempre en la opinión de los doctos, aunque no la proteja el derecho. Esta especie de propiedad incorporal puede ser materia de discusión literaria, científica y técnica, pero no es jamás objeto de acción jurídica, salvo en caso de plagio, y es una cosa distinta del derecho de autor y de inventor. Si se confunde esta propiedad puramente moral con el derecho de reproducción y de venta, forzoso es reconocer que la misma concluye cuando tal derecho cesa; lo cual no puede admitirse. Se dice que la subordinación referida no es cierta, porque en las obras científicas y literarias no puede haber elemento económico; pero no se tiene en cuenta que aquí no se trata de una cuestión de hecho, sino de una cuestión de derecho. Basta que exista la posibilidad de un interés económico, de un provecho, para que se halle protegido el derecho de autor, sin que sea preciso nada más para el reconocimiento legal. La verdadera causa de la transmisibilidad del derecho de autor está en su carácter económico y patrimonial, puesto que los derechos puramente personales no pueden transmitirse. Rechazadas las dos hipótesis, de que sea propiedad y de que sea derecho personal, queda la otra, de que tiene naturaleza y forma de un

derecho patrimonial, análogo al de usufructo. Con el usufructo se da una justa proporción entre el mérito de trabajos en que entran no pocos factores pertenecientes al género humano y la recompensa, la cual no constituye, como la propiedad, un obstáculo para la gran difusión de las ideas y para la propagación de los descubrimientos. El usufructo armoniza el derecho incontestable del autor y del inventor con las razones evidentes de la sociedad, sin sacrificar el uno á las otras, y viceversa. Ya se comprende que dicho usufructo puede atribuirse por la ley en una medida más ó menos amplia á los herederos, que representan la persona del autor, según que éste haya gozado de su derecho durante un espacio mayor ó menor de tiempo. Pero se dice que el usufructo presupone la propiedad y no puede ser transmitido á los herederos. La respuesta no es difícil, porque la propiedad existe, y se atribuye á la comunidad. Y además tal derecho es un usufructo *sui generis*, pues no obstante ser temporal, puede transmitirse á los herederos por un cierto número de años.

Las invenciones son generalmente garantidas por la patente, de creación inglesa, la cual patente concede al inventor el derecho del uso exclusivo del descubrimiento por cierto número de años. La patente no asegura de ordinario la realidad y la utilidad del descubrimiento, por cuanto el Estado es incompetente en asuntos técnicos y porque sólo debe proteger el derecho, fundado sobre la naturaleza de las cosas, de quien trabaja. Contra la institución de la patente se han hecho no pocas objeciones. Se ha dicho que la patente perjudica al inventor, por ser de duración corta; que es causa de muchos y frecuentes litigios; que á veces perjudica á la industria, porque no se admite su ignorancia. Sin duda, los inconvenientes

expuestos son ciertos; pero el derecho industrial no ha encontrado hasta el presente un modo mejor de garantir el derecho del inventor. Sabido es que en toda cosa humana hay bienes y males; la cuestión está en buscar el predominio de aquéllos sobre éstos, pues es imposible que los males desaparezcan por entero. Bueno es recordar que la falsificación y el abuso de la exclusiva constituyen uno de los casos de concurrencia desleal, de que hemos hablado. Los derechos de autor y de inventor excluyen por sí mismos la concurrencia, la cual, en semejante hipótesis, se convierte en un delito privado ó en lesión de un derecho patrimonial.

CAPITULO X

Los derechos reales particulares.

Los derechos reales son relaciones directas, inmediatas, entre la persona y la cosa, y se reducen á dos grandes categorías: á la *plena potestas in re* y á los *jura in re aliena*. Los derechos sobre la cosa de otro no son desmembraciones del derecho complejísimo de propiedad, sino limitaciones puestas á su ejercicio, puesto que la propiedad es siempre un poder pleno y general sobre los objetos, y no sería esto si sus elementos pudieran separarse. En este caso la división no sería una variación cuantitativa, indiferente por sí, sino un cambio de cualidad, supuesto que la esencia del dominio lo constituye la plenitud de sus atributos. Los *jura in re aliena* tienen su razón de ser en los usos diversos y en las diferentes utilidades de las cosas, que hacen que éstas puedan proporcionar ventajas á muchos, aun siendo propias de algunos, y en las relaciones de vecindad y de sociabilidad en general. Estos derechos, en cuanto son relaciones directas entre persona y cosa, adquieren lógicamente la figura de derechos independientes y subsistentes por sí mismos, análogamente á la *plena potestas*, y difieren muchísimo de las limita-

ciones ó restricciones que los derechos de obligación imponen al dominio. El que adquiere derechos de esta última clase (por ejemplo, el inquilino) ejercita los derechos parciales de propiedad que se le han conferido en nombre del propietario, porque los derechos personales son relaciones inmediatas entre persona y persona. La diferencia se explica aquí teniendo en cuenta la diversa índole de los derechos personales y reales, no con la hipótesis de la desmembración del dominio, en virtud de la que el derecho separado subsistiría por sí. Del propio modo podrá decirse que la máxima romana *servitus in faciendo consistere non potest* no es exclusiva de las servidumbres, sino que se extiende también á los *jura in re aliena*. Pues todo *jus in re aliena* somete la cosa ajena al poder especial y restringido del sujeto del mismo, mas no la persona del propietario. Este se hallaría obligado á *facere* si la relación de que procede el *jus in re aliena* se refiriese á la persona y no á la cosa. El *facere* es objeto del derecho de obligación, pero repugna á la naturaleza de un derecho real. Los derechos reales particulares, ó tienden al goce, ó buscan la garantía de un derecho. Las servidumbres, la enfiteusis y la superficie son de la primera especie; la prenda y la hipoteca de la segunda.

La servidumbre es el derecho real particular más antiguo; antes bien, hubo un tiempo en que era el único. Puede ser considerada en sentido activo y en sentido pasivo, en cuanto aumenta ó disminuye la propiedad. En sentido activo, ó sea en relación á la persona y á la cosa en cuyo favor se halla establecida, es un derecho sobre una cosa ajena, en virtud del cual el propietario está obligado á tolerar ó á no hacer, en beneficio de una persona ó de un fundo, lo que como

propietario podría no sufrir ó hacer. En sentido pasivo, ó sea con relación á la cosa gravada, es una carga impuesta á un fundo en beneficio de una persona ó de otro fundo. De esta definición se desprende la división primaria de las servidumbres, en personales y reales ó prediales, según que el término en favor del cual se hallan establecidas sea una persona ó una cosa. Por relación al objeto, todas las servidumbres, personales ó prediales, son derechos reales, es decir, que recaen sobre cosas ó fundos, nunca sobre la persona. Los fundos dominantes en las servidumbres prediales no se deben considerar como personas jurídicas, porque el ente que carece de voluntad no puede ser sujeto de derechos. En el fundo dominante existe un derecho que se puede ejercitar por cualquier poseedor futuro del mismo, no existe un sujeto: la metáfora no es la realidad; la representación de una cosa no es el concepto de la misma. Además, las servidumbres personales se diferencian de las prediales por diferentes conceptos. No suponen, como éstas, dos fundos; se hallan unidas á la persona, y por lo mismo no son perpetuas como las prediales, cuya duración es la misma que la de los fundos; y pueden recaer también sobre muebles, mientras que las prediales recaen siempre sobre inmuebles. El usufructo de los vestidos y de las cantidades es un ejemplo de servidumbres personales sobre muebles.

Las servidumbres personales son tres: el usufructo, el uso y la habitación. *Usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia.* El usufructuario debe gozar de las cosas como un buen padre de familia, lo mismo que gozaría de ellas el propietario, conservando su sustancia, tanto en la materia cuanto en la forma. La conservación de la sustancia no es idéntica á la del valor, puesto que la determinación

del valor no toca á la esencia de la cosa, sino que expresa la medida de cambio ó la potencia de adquisición de otras cosas. El usufructuario tiene derecho al *uti* y al *frui*, puede servirse de la cosa, tomar sus frutos, gozar de ella, servirse de la misma para sus usos personales y domésticos; por tanto, tiene también facultad de ceder á un tercero su derecho, bien á título oneroso, bien á título gratuito. La ley establece entre el usufructuario y el propietario relaciones que tienden á garantizar al primero el pleno goce durante el usufructo, y á evitar en interés del segundo todo daño posible á la propiedad y al goce futuro cuando el usufructo se consolide con el dominio. Del concepto puro del usufructo se infiere que, en rigor, no puede recaer sobre cosas fungibles y que se consuman por el uso. El derecho romano del tiempo de los emperadores recurrió á la analogía y constituyó para dichas cosas un *quasi ususfructus*, que, á decir verdad, se parece mucho al mutuo, porque el usufructuario de las cosas fungibles adquiere la propiedad de las mismas y sólo tiene la obligación de devolver el *tantundem* á la terminación del usufructo. Sin embargo, no se puede afirmar de un modo categórico que el *quasi ususfructus* constituya un derecho de crédito y que no sea un derecho real. Cuando comienza el usufructo, la *res* es *aliena* y se hace propia del usufructuario en el momento en que ejercita tal derecho y por virtud del ejercicio mismo; por consiguiente, el derecho al goce de las cosas fungibles no es en este caso un mero derecho de crédito, si bien lo sea el del propietario al *tantundem*. Distínguese del usufructo el uso, que, según los códigos modernos, es un usufructo limitado á las necesidades del usuario y de su familia, y se distingue también la habitación, que es el uso de una casa. Según las fuentes

romanas, el concepto del uso está más racionalmente determinado, puesto que, por regla general, comprende sólo el *uti* y no el *frui*. Si la cosa es útil, prescindiendo de sus frutos, dicen las fuentes que el usuario puede usarla sin apropiarse sus frutos; y si la cosa no es útil sin los frutos, entonces el usuario puede tomar de éstos algo para satisfacer sus necesidades individuales y domésticas. El uso no puede ser cedido, por cuanto podría haber un cambio en la extensión del mismo y resultar un perjuicio al propietario.

Las servidumbres prediales, que fueron las formas primitivas de las servidumbres, se dividieron antiguamente en rústicas y urbanas, por razón de la gran diferencia entre las necesidades del campo y las de la ciudad; más tarde la división se refirió á las servidumbres relativas al campo y á los edificios. Puede decirse que, aun cuando no pocas servidumbres sean aplicables al campo y á la ciudad, sin embargo, en todo tiempo hay servidumbres que se refieren principalmente (si no exclusivamente) á las necesidades de la agricultura y servidumbres de marcado carácter urbano. Las servidumbres del agua y de paso son de la primera especie; las de pared, luces, etc., pertenecen de ordinario á la segunda. Las servidumbres se distinguen en positivas y negativas, según que consistan en sufrir ó en no hacer; en continuas y discontinuas, según que su ejercicio requiera ó no el hecho actual del hombre; en aparentes y no aparentes, según que se muestran ó no á la vista. Esta distinción no tiene tan sólo importancia práctica, como se dice comúnmente, sino que se refiere á los principios relativos á los modos de adquirir y al ejercicio de las servidumbres, los cuales deben responder á la naturaleza de éstas. El *jus in re* es sin duda un género que

abraza el *dominium* y los *jura in re aliena:* el *dominium* se agrupa entre las *res corporales*, por la íntima é individual compenetración de la *plena potestas* con la *res;* por el contrario, las *servitutes* se agrupan entre las *res incorporales*. La *possessio*, que es una relación entre persona y cosa, por regla general se aplica lógicamente al derecho real, y, por tanto, se extiende también á las servidumbres, que son *res incorporales*. Ya veremos las consecuencias de la extensión. Las servidumbres prediales pueden provenir de la ley ó de un hecho del hombre. La ley las establece por motivos de utilidad pública y privada; las servidumbres legales van aumentando con el tiempo, porque así lo requiere la evolución de la persona individual y la de la sociedad. La comunidad de la pared, según el derecho romano, sólo se originaba por convenciones privadas, y ahora puede provenir de la ley. El derecho romano sólo consentía un paso legal para llegar al sepulcro de los antepasados propios; las leyes modernas conceden también el paso, aun para fines de cultivación y para el conveniente uso de los fundos. En Roma no se reconocía la servidumbre necesaria de acueducto; en nuestros tiempos se ha introducido, porque los intereses de la agricultura y de la industria no deben depender del egoísmo del propietario. El derecho romano concedía al propietario de un fundo la facultad de abrir manantiales, aunque fuera cortando la vena de la fuente del vecino, y no exigía distancias entre las fuentes de diversos dueños; el derecho moderno establece estas distancias, que pueden ser mayores cuando el caso lo requiera y la autoridad judicial determine el aumento, con el fin de no causar daño á los demás fundos, fuentes, canales y acueductos ya existentes. En todos estos ejemplos se ve claro que la propiedad

va sufriendo cada vez más restricciones en atención á los fines sociales, y sin dejar de ser individual, se hace menos egoísta. Cada día triunfan más los principios de aquel derecho económico de que Romagnosi fué enemigo sistemático.

Las servidumbres prediales que provienen del hecho del hombre, si son continuas y aparentes, se pueden adquirir con el título, con la disposición del padre de familia y con la prescripción; y si son discontinuas y no aparentes, sólo se pueden adquirir con el título. ¿Es esta una disposición arbitraria del derecho positivo, ó se funda en el derecho racional? Como el derecho racional admite que las servidumbres son susceptibles de posesión ó de *quasi* posesión, como decían los jurisconsultos romanos, y que para que la posesión dé por resultado la prescripción, debe reunir algunos requisitos, como la no equivocidad y la publicidad, forzoso es concluir que los modos de adquirir establecidos por el derecho positivo, son consecuencias de un principio racional. Y, en efecto, en las servidumbres continuas y aparentes existe la posesión no equívoca y pública; por tanto, no puede faltar la posibilidad de que sean adquiridas por prescripción. La disposición del padre de familia presupone un propietario único de dos fundos vecinos, el cual coloca las cosas de manera que uno de los fundos sirva al otro. Mientras ambos fundos le pertenecen á él, no hay servidumbre; ésta nace naturalmente cuando los dos fundos pertenezcan á dos propietarios. Ahora, sólo las servidumbres continuas y aparentes pueden ser objeto de esta disposición y resultar de la situación misma de las cosas; pues se desnaturalizaría la disposición si la ley le atribuyese el poder de establecer servidumbres discontinuas y no aparentes. Como las servidumbres de esta

especie carecen de los requisitos de la posesión legítima, no pueden ser adquiridas por medio de la prescripción ni por medio de la disposición del padre de familia. Los modos de ejercicio de las servidumbres están regulados por el mismo modo de adquisición. Si nacen del título, éste es el que determina su ejercicio; si provienen de la disposición ó de la prescripción, es necesario atender al estado en que ha dejado las cosas el último propietario y recurrir á la máxima: *Tantum praescriptum, quantum possessum.* Las servidumbres prediales se extinguen: por la confusión; por la alteración del fundo dominante ó del sirviente, de manera que no sea posible hacer uso de la servidumbre; por la renuncia del propietario del fundo dominante; por el vencimiento del término, y por la prescripción. La prescripción no puede originar todas las servidumbres, pero puede extinguirlas todas, por cuanto la sociedad tiene interés en la libertad plena de las propiedades. La propiedad libre de gravámenes y dependiente de una sola voluntad puede usarse más espeditamente, y por lo mismo es más productiva.

Además de las servidumbres, hay otro derecho real particular que tiende al goce, y es la enfiteusis. Ésta se acerca más que ningún otro *jus in re aliena* á la propiedad, por las muchas facultades que corresponden al enfiteuta; el cual tiene derecho á usar de la cosa, á percibir sus frutos, á enajenarla y á transmitirla por sucesión, pero con la obligación de pagar al concedente del fundo un canon anual y de no deteriorar el fundo mismo. Si el enfiteuta no cumple estas obligaciones, tiene lugar la devolución, y el fundo vuelve á poder del concedente. Una constitución de Zenon dió un carácter especial y distinto al contrato de enfiteusis, dirimiendo la cuestión acerca de si ésta era locación ó

venta, y reconoció el derecho que de ella deriva como un *jus in re aliena*. La escuela de los intérpretes vió en la enfiteusis una división del *dominium*, y atribuyó el *directum* al concedente y el *utile* al enfiteuta. Esta división no puede admitirse racionalmente, porque en la enfiteusis hay dos voluntades: una que ejerce sobre el fundo un señorío efectivo y casi completo; otra abstracta, separada de la cosa, que sólo se afirma en la exacción del canon de reconocimiento del dominio y en la devolución del fundo por deterioro. La primera voluntad es verdaderamente la del propietario, porque se despliega con la casi total integridad de las facultades dominicales; la segunda es de aquel que no tiene más que un simple derecho sobre la cosa. El dominio del enfiteuta está expuesto á la resolución cuando no cumpla las dos obligaciones; el derecho del concedente es más bien un derecho de crédito, y adquiere las apariencias de un derecho inmueble *sui generis*. En Alemania, la enfiteusis viene considerada como una especie de propiedad dividida; en Francia estuvo muy unida al sistema feudal, y por odio á éste, el código no habló de ella; en las leyes civiles napolitanas la enfiteusis apareció, no habiendo tenido jamás en Italia vínculos íntimos, constantes y generales con el feudo. El Código civil italiano la reconoce, pero establece en favor del enfiteuta la facultad de redimirla; y esto lo hace en atención á los principios económicos, á los cuales no repugna la enfiteusis, pues es útil en todos aquellos casos en que hay grandes extensiones de terreno sin cultivar. El propietario, en tales casos, no podría sacar provecho de los terrenos ni por venta ni por locación á largo plazo; y mediante la enfiteusis obtiene una cierta suma de dinero, una renta. Y por otra parte, la gente laboriosa puede, mediante un trabajo asi-

duo, obtener un buen producto, y aprovechándose de la redención, colocarse en camino de adquirir la propiedad definitiva é irrevocable.

El derecho de superficie debe entenderse en los tiempos modernos de un modo más conforme con la realidad de las cosas de como lo concebían los romanos. Según la legislación romana, valía la máxima rigurosa: *superficies cedit solo,* y no era posible determinar exactamente el derecho del superficiario, que verdaderamente se muestra como dominio sobre la construcción. El superficiario tenía de hecho los derechos del propietario por equidad pretoria, pero no se consideraba como tal propietario, sino como sujeto de un *jus in re aliena.* Según la realidad de las cosas, el que adquiere la facultad de edificar sobre el área ajena, no quiere en modo alguno hacer propietario de la construcción al dueño del suelo. Este dueño es propietario del subsuelo, pero puede muy bien limitar la extensión de su derecho sobre el supersuelo y permitir que otro edifique en él y sea dueño de la superficie elevada sobre el área, la cual continúa perteneciéndole á él. No hay ninguna imposibilidad jurídica en este caso, que por lo demás se armoniza con la presunción del Código civil, según la cual cualquiera construcción, plantación ú obra sobre ó debajo del suelo, debe considerarse como hecha por el propietario á sus expensas, y debe pertenecerle mientras no se demuestre que otro ha adquirido el *jus superficiei* pagando el solar al propietario del suelo. Considerando la relación entre el superficiario y el suelo, no hay duda de que el derecho de construir sobre el área ajena y de perseguirlo contra cualquier poseedor es un derecho real. No puede ser derecho de propiedad, porque todavía no existe la construcción, como nota Lucci en su escrito *Natura-*

leza del derecho de superficie. Pero considerando la relación entre la construcción y el superficiario, la superficie constituye una propiedad que tiene caracteres especiales. Coviello, en su monografía *De la superficie*, advierte que tal propiedad es limitada, no en sí, sino por el objeto. La propiedad superficiaria de un edificio puede confundirse con la propiedad de una casa: el propietario de una casa ó de un fundo cualquiera es también propietario de lo que esté por cima y por debajo del mismo hasta donde puede llegar su interés práctico; al superficiario sólo le corresponde la propiedad de lo que se encuentra *supra faciem soli.* Fácilmente se comprende que la propiedad de la superficie es inmueble, y como tal debe ser determinada en la medida que lo requiera la necesidad misma de levantar la superficie sobre el suelo ó de conservar la ya existente; todo lo que traspase los límites de esta necesidad excede de los derechos del superficiario. Aun en la hipótesis de la superficie temporal y resoluble, el superficiario es propietario de la construcción. Las construcciones de particulares sobre el suelo público, efecto de concesiones de la potestad administrativa que las estima útiles, son propiedades revocables de aquéllos, porque el suelo sigue siempre siendo público. Las tumbas y los monumentos sepulcrales no tienen diferente naturaleza, puesto que son construcciones sobre el suelo público correspondientes á individuos; éstos pueden quitar las estatuas, demoler las capillas, los monumentos y volverlos á levantar sobre el nuevo suelo consagrado á cementerio. El derecho que las sociedades concesionarias tienen sobre la línea ferroviaria, prosigue Coviello, es también un verdadero derecho de propiedad superficiaria. El suelo es público, pero la sociedad se aprovecha con exclusión de los demás de las estaciones,

almacenes, casas, casetas, rails y todo cuanto constituye el material. Lo propio cabe decir del derecho de tranvías, de los palcos en el teatro y de los bancos en la iglesia.

La prenda y la hipoteca son *jura in re aliena* que tienen por objeto la garantía de un crédito. Las obligaciones de la persona gravan sobre sus bienes presentes y futuros, porque el patrimonio es la proyección de la persona misma. Los bienes del deudor forman la garantía común de los acreedores, y el precio se reparte entre ellos proporcionalmente, salvo cuando hay causas legítimas de preferencia en favor de algún acreedor. No obstante la prenda genérica, el deudor puede disponer libremente de sus bienes como lo tenga por conveniente; sin embargo, esta facultad viene limitada en la hipótesis de la mala fe y de la consiguiente distracción de los bienes en fraude de los acreedores. A menudo éstos no quieren seguir el azar y estipulan la prenda en sentido propio, por virtud de la que la cosa pasa á sus manos, pero sin entrar en su patrimonio y sin poder aprovecharse de ella. El derecho del acreedor pignoraticio se manifiesta en el cobro y apropiación eventual del valor ó del precio de la cosa pignorada. Es un *jus in re aliena,* diferente de todos los demás; pues no produce dominio alguno parcial, aun siendo posible, sobre la cosa, ni concede facultades para gozar de ésta. El acreedor no puede disponer de la prenda en caso de que el pago no se verifique; pero tiene el derecho de pedir al magistrado que se deje en su propio poder la prenda en pago y hasta donde alcance la deuda, según la apreciación de peritos, ó que se venda en pública subasta. Es nulo el *pactum commissorium,* que autoriza al acreedor á apropiarse la prenda y á disponer de ella sin atenerse

á las condiciones establecidas por la ley; porque es el efecto del cálculo ilícito del opresor sobre las necesidades y sobre las fáciles ilusiones de los deudores, y porque cambia un derecho sobre el valor de la cosa en el derecho eventual de propiedad. En Roma hubo un tiempo en que la voz *pignus* tuvo una significación amplia, comprendiendo toda clase de seguridades dadas al acreedor: la prenda sobre muebles, sobre inmuebles, la anticresis, que era un pacto añadido, y la hipoteca; después tuvo un sentido limitado, determinado, concreto, aplicándose á las cosas muebles. El Código austriaco emplea también la voz prenda en una acepción general, que comprende la prenda propiamente dicha y la hipoteca, si bien es cierto que distingue estas dos instituciones. El código francés incluye en la prenda la anticresis, separándose del derecho romano, según el cual se podían dar en prenda muebles é inmuebles sin constituir la anticresis. Esta consistía en un pacto añadido al contrato de prenda, por el cual se concedía al acreedor el derecho de usar y de gozar del fundo dado en prenda, percibiendo sus frutos en lugar de los intereses. La anticresis tendía á hacer un préstamo recíproco, y por sí misma no producía la prenda de la cosa, privilegio sobre la misma y derecho real contra terceros. El Código francés considera la anticresis como prenda del inmueble; y no concede privilegio al acreedor anticrético, incurriendo de este modo en una contradicción manifiesta. En efecto, si el derecho romano no admitía este privilegio, era consecuente consigo mismo, por cuanto no incluía la anticresis en la prenda. El Código italiano sabe discernir mejor que los demás la naturaleza de estas tres instituciones, las cuales son en verdad formas de garantía, aun cuando no todas pueden dar origen á de-

rechos reales; por lo cual dicho código atribuye diferente figura jurídica á las tres instituciones y habla de ellas separadamente, sin dedicarles artículos generales para todas.

La prenda y la hipoteca son derechos reales de garantía: el uno lleva consigo la posesión de la cosa mueble; el otro no implica la posesión del inmueble. La anticresis es un contrato independiente por el cual el acreedor hace suyos los frutos del inmueble del deudor, con la obligación de computarlos para pago de los intereses y luego del capital prestado, y engendra un derecho personal. Es muy justo y conveniente restringir los efectos del contrato anticrético á sólo los contratantes, porque las leyes ofrecen al acreedor el medio de escudarse contra la mala fe del deudor: este medio es el derecho real de hipoteca. La economía social no puede consentir que se concedan grandes favores á este contrato: el interés del anticresista está en sacar el mayor provecho posible del fundo ofrecido por el deudor y gastar en él poco; por esto basta con que se le conceda al acreedor el derecho de percibir los frutos del fundo, sin otorgarle preferencias. Además, la anticresis se presta, como durante mucho tiempo se ha prestado, á ser capa de la usura, por la inseguridad de los frutos, y el usurero no tendría ni siquiera el único freno que hoy ha quedado, el de la publicidad. Esta ha sido la razón por la cual el Derecho canónico y el austriaco no han reconocido la anticresis ni la cesión del usufructo del fundo pignorado. En tanto que el acreedor no haya entrado en posesión de la cosa, no tendrá contra el deudor más que una acción personal para obtener la cosa dada en prenda, no tendrá ningún derecho real sobre ella; pues el derecho real supone una relación directa entre persona

y cosa, relación que aquí no existe. La entrega de la prenda equivale á la inscripción de la hipoteca; y adviértase que la entrega ó tradición puede ser efectiva ó simbólica, como en el caso de prenda de los efectos mercantiles. La hipoteca la definen las fuentes de la misma manera como la define el derecho moderno; sin embargo, el derecho romano se inspiraba casi exclusivamente en el interés de los acreedores hipotecarios y atendía de una manera particular al primero de éstos, mientras que el derecho contemporáneo en semejante materia se funda todo él sobre los dos grandes principios económicos de la publicidad y de la especialidad. La publicidad se realiza por transcripción y por inscripción: la transcripción se aplica á los títulos translativos del dominio de los inmuebles ó constitutivos de derechos que merman su libertad ó restringen su completa disponibilidad; la inscripción se refiere á créditos hipotecarios. La transcripción es una especie de tradición pública que los romanos no tenían, porque daban mucha importancia á la tradición sensible. La publicidad se halla establecida en interés de terceras personas, las cuales pueden llegar á saber quién es el propietario de un fundo y qué cargas gravitan sobre él. Mediante la inscripción, las terceras personas conocen las deudas hipotecarias del propietario, y pueden con seguridad determinar el valor del fundo hipotecado. La especialidad se refiere sólo á los créditos, y es doble, en el sentido de que la hipoteca debe ser especial recayendo sobre bienes determinados y por cantidades determinadas. La especialidad tiende á evitar que los terceros se engañen respecto á la situación y condiciones económicas de los deudores, y que no sean posibles los inconvenientes que derivan del sistema opuesto, inconvenientes que han sido tan de-

plorados por largo tiempo y que tanto perjuicio han causado al desarrollo del crédito.

Se ha discutido sobre si la nave es susceptible de prenda ó de hipoteca. Las opiniones han sido varias y las definiciones legales también. Verdaderamente, la nave, por su propia naturaleza, debe ser colocada entre los muebles; y entre ellos la había colocado el derecho romano y la escuela italiana, á diferencia de lo que hicieron algunas leyes de la Edad Media. Sin embargo, la nave es un mueble *sui generis*, puesto que las leyes, apreciando su particular importancia y deseando garantir y fomentar el crédito marítimo, se ven obligadas á someterla á las mismas condiciones que se requieren para los contratos traslativos de la propiedad inmueble, á matricularla en determinados departamentos, y á exceptuarla de la máxima según la cual en cuanto á los muebles se refiere, la posesión vale por título. Si la nave se considera como un simple mueble, sólo es susceptible de prenda, aun cuando debe continuar en poder del deudor, para ser útil á todos; en tal caso, debe recurrirse á una formalidad representativa de la transferencia de la posesión, ó sea el nombramiento de un custodio. Pero considerada la nave como un mueble *sui generis,* en relación á aquellas exigencias por virtud de las cuales se la debe equiparar jurídicamente bajo ciertos aspectos á un inmueble; teniendo en cuenta la necesidad de no privar al deudor de la posesión de la misma, como también del carácter accidental de la formalidad representativa; en tal caso es más racional el admitir la hipoteca, como lo ha hecho la ley francesa.

Otro modo de garantía del crédito, pero un modo *sui generis,* es el *jus retentionis*. Consiste en el poder jurídico concedido al tenedor de una cosa que se debe

á otros por un derecho real ó personal, de continuar reteniéndola hasta tanto que á quien la pide no le haya satisfecho aquel crédito que haya nacido con ocasión de la cosa misma. Esta es una definición completa, que da Guarracino, en su libro *El Derecho de retención*. El *jus retentionis* en sentido restricto y propio presupone el reconocimiento del derecho ajeno sobre la cosa, y sólo tiende á asegurar el pago de un crédito nacido con ocasión de la misma; por tanto, no se extiende á los casos en que se retiene la cosa por haber dejado de satisfacer un crédito, mucho menos á aquellos que producen la *exceptio non adimpleti contractus*. Ni este derecho se confunde con la retención contractual, que forma parte de la prenda y de la anticresis, y puede establecerse aun independientemente de estos contratos. El *jus retentionis* es un especialísimo derecho accesorio, que en el fondo no es semejante á ningún derecho real ni á una relación de mera obligación. No es semejante al *jus in re aliena,* porque no da lugar á ningún uso ni goce de la cosa, como la servidumbre y la enfiteusis, y porque el objeto sobre que reca y su precio no están destinados á la satisfacción preferente del crédito, como sucede en la prenda y en la hipoteca. No es tampoco un derecho personal, porque el que retiene no afirma que la otra parte le debe la cosa por virtud de un *vinculum juris* existente entre él y dicha parte. Guarracino advierte que puede existir una relación de obligación, pero en sentido opuesto, es decir, en beneficio del deudor, en cuanto éste puede fundar la pretensión de que se le consigne ó restituya la cosa en un derecho personal, ó sea en un contrato. El *jus retentionis,* que más ó menos es admitido por todas las legislaciones, se apoya sobre la equidad natural; la cual no consiente que se acceda á la pretensión de la

entrega de la cosa y que en tanto quede burlada la pretensión contraria del pago de un crédito nacido con ocasión de la cosa misma; puesto que de esta manera se llegaría á alterar la igualdad entre las partes con posible perjuicio y con no poca molestia de quien ha hecho gastos con motivo de la cosa ajena.

CAPITULO XI

La posesión.

Una cosa es el *jus possidendi* y otra es el *jus possessionis:* el primero es la consecuencia del derecho de propiedad, ó más bien, su actuación más inmediata; el segundo, distinto y separado de la *plena potestas,* forma una institución independiente, *a se.* En las fuentes se encuentra dicha separación, puesto que ya se dice: *Separata esse debet possessio a proprietate,* ya se establece: *Nec possessio et proprietas misceri debent,* ya se afirma que las dos instituciones no tienen nada de común: *Nihil comune habet proprietas cum possessione.* Las mismas fuentes declaran que la posesión es un derecho y materia de una institución especial, cuando afirman: *Possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet.*

El *jus possessionis,* ó posesión jurídica, es una relación directa entre persona y cosa; por tanto, es un *jus in re,* un derecho real. Pero, según nota Bruns en su obra sobre *La Posesión en el derecho romano y en el derecho moderno,* este derecho no es como todos los demás, tiene un carácter especial, es un derecho relativo, porque la voluntad de la persona de dominar so-

bre las cosas no se ejercita sobre objetos privados de dueño, ni se convierte en dominio absoluto, antes bien se ve obligada á ceder ante un derecho que se demuestre ser preferente. La posesión jurídica comprende dos elementos: una cosa y un poder de hecho sobre la misma, y la intención de tener la cosa para sí y de obrar sobre ella. Las frases: *Corporalis possessio, corpore rem attingere, corpore in fundo esse* indican el primer elemento; las frases: *Animus rem sibi habendi, animus possidendi, animus domini* se refieren al segundo. La cosa y el poder de hecho sobre la cosa debe unirse á la persona de tal manera, que haga nacer en ella la conciencia de la posibilidad de gozar de la cosa misma ó de ejercitar tal poder sobre la misma. Esta condición, desarrollada por Savigny en su libro *El Derecho de la posesión* y admitida por Bruns y por Windscheid, se refiere más á la continuación de la posesión que á su comienzo; puesto que en el momento de la adquisición se requiere la actividad positiva, efectiva, de la que provenga un nuevo estado de la persona y de la cosa. Aun en la continuación de la posesión no debe confundirse referida conciencia con la *vis inertiae;* antes bien, debe ser práctica y activa, debe aparecer en el ejercicio parcial del poder de hecho. La intención de tener la cosa para sí y de obrar sobre ella por cuenta propia es lo que constituye la diferencia específica de la posesión, es el concepto por el cual ésta se distingue de la mera tenencia ó detentación. El detentador no tiene intención de conservar la cosa para sí y por cuenta propia: el detentador tiene la cosa en nombre ajeno; no es poseedor, sino representante de aquel en nombre del cual detiene; pues el poseedor no deja de ser tal cuando no ejercita el poder sobre la cosa de una manera directa, sino que

hay otro que lo ejercita por él y en su nombre. Si la posesión es una relación inmediata entre la persona y la cosa, claro es que no puede extenderse á las obligaciones ni al derecho de familia (como quiere Bruns), sino que debe quedar limitada á la esfera de los derechos reales. Más aún: no todos los derechos reales son susceptibles de posesión, sino sólo aquellos que suponen un ejercicio continuo y repetido, como la enfiteusis, el usufructo, las servidumbres continuas y aparentes; pues el derecho de hipoteca, á pesar de ser un derecho real, no es susceptible de posesión, dado caso que se extingue propiamente con su ejercicio, ó sea con el acto de la venta del inmueble. De lo dicho se infiere que la posesión tiene dos formas, según que se aplique á las cosas ó á los derechos. La posesión de las cosas corresponde al ejercicio del derecho de propiedad; la de los derechos corresponde al ejercicio de los *jura in re,* que revisten las cualidades que se han indicado. La *quasi possessio*, pues, según enseña Bruns, es una forma regular de la única noción de la posesión, y no tiene nada de anómalo ni de excepcional, como creen Savigny, Thibaut en el *Sistema de las Pandectas*, Windscheid y otros.

El origen histórico de la posesión es muy oscuro y controvertido. Si es un derecho real relativo, como antes queda indicado, no puede nacer allí donde no existe la propiedad individual. La posesión es una relación directa entre persona y cosa, y sólo cede ante el derecho de propiedad, el cual debe ser cierto y efectivo para contraponerse y vencer á la posesión. La misma noción de la posesión supone la existencia del dominio privado. Filomusi-Guelfi cita una ley de Locri atribuida á Zaleuco y un pasaje de Aristóteles, para demostrar que la necesidad de la defensa indepen-

diente de la posesión surge con motivo de un proceso de propiedad. La ley de Locri, que nos ha transmitido Polibio, garantizaba al poseedor la cosa controvertida cuando hubiera sido poseída durante cierto tiempo, sin oposición, *nec vi*, hasta la decisión judicial. Es conforme á la equidad, y Aristóteles dice que es regla de justicia el dar la preferencia al poseedor hasta tanto que llegue el juicio terminativo. También en Roma, según Puchta, nació la institución cuando había incertidumbre acerca de la posesión misma con ocasión de una reivindicación, y era preciso resolver la cuestión acerca de dicha posesión en tanto se decidía la de la propiedad: lo cual obligaba á creer que la posesión existía como institución existente por sí y como opuesta á la propiedad. Niebhur, en la *Historia romana*, y Savigny dicen que la protección de la posesión se enlaza con el *ager publicus*. Los ciudadanos no tenían de este *ager* más que el goce y sentían la necesidad de un medio de tutela, que no podía ser el que garantizaba la propiedad privada. Este medio de tutela fué el interdicto pretorio; el cual se aplicó primero al *ager vectigalis*, y después, por su grande utilidad, se hizo extensivo á la propiedad privada. Scialoja, en el *Comentario al procedimiento sardo*, admite con Puchta que las medidas posesorias fueron preliminares por respecto á la reivindicación, pero no cree que hayan sido el origen de la posesión, la cual derivó del *ager publicus*. Van-Wetter, en el *Tratado sobre la posesión en derecho romano*, combate á Puchta y trata de demostrar que los textos sobre los cuales se apoya éste sólo significan que hubo necesidad de un interdicto conservatorio preliminar para resolver la cuestión de posesión, que se hallaba complicada con la del dominio. Contra la opinión de Niebhur y de Savigny está el hecho de que

en las fuentes no se habla nunca de interdictos posesorios para el *ager publicus*, y de que para la *possessio* de éste existía el interdicto especial *de loco publico fruendo*. Ihering, en su obra *Fundamento de la protección posesoria*, trata de demostrar que la ocasión y el fin de la institución de los interdictos posesorios se encuentran en la necesidad de preparar la contienda sobre el dominio. Pero ya Savigny había notado que esta necesidad dió lugar á las *vindiciae* y á las *manus consertae;* y Bruns, en su primer trabajo *El Derecho de posesión en la Edad Media y en los tiempos presentes*, había citado textos que declaraban que los interdictos habían sido instituidos para la defensa directa de la posesión.

Si es cierto que la naturaleza de las cosas no es más que *nacimiento de las mismas en ciertos tiempos y de ciertas maneras*, según enseña Vico, la doctrina moderna de la posesión, lo propio que toda otra doctrina, no puede entenderse sin remontarse á sus primitivos elementos. Estos se recogen estudiando el derecho romano, el germánico y el canónico, como lo ha hecho poco ha Milone en su estudio sobre la *Posesión de las cosas y de los derechos*. El derecho romano distinguía tres especies de posesión: la *naturalis possessio* ó simple tenencia; la *possessio*, provista de acción, y la *civilis possessio*, fundada sobre justo título y buena fe y que conducía á la usucapión. En las fuentes se lee: *Possessio animo et corpore constat*. Parece que el *animus possidendi* comprende el *animus domini*, ó posesión á título de propiedad, y la posesión por otro título, como demuestran Van-Wetter y Milone. Carece de dicho ánimo el procurador, el cual tiene la cosa por otro; y carece también de él el conductor, el depositario y el comodatario, los cuales tienen la cosa por re-

laciones contractuales, no por un propio derecho real. La *juris quasi possessio* abraza los casos de servidumbres personales y reales. El derecho romano consideraba como poseedores al acreedor con prenda, al enfiteuta, al superficiario, al secuestratario sólo en el caso en que al depositar en él la cosa establezcan las partes que debe tener la posesión para interrumpir la usucapión, y al que tiene la cosa en virtud de un *precarium*. Racionalmente hablando, de estos cinco casos de *possessio,* sólo tres son regulares, ó sea los tres primeros, porque se trata de derechos reales; los dos últimos, el del secuestro y el precario, constituyen una anomalía frente al derecho filosófico, porque se salen de la esfera de los *jura in re*. Sabido es que de los medios de defensa de la posesión, parte eran especiales, como los interdictos, y parte eran acciones generales aplicables á aquélla, como las *condictiones*.

El derecho canónico, el germánico y el feudal aplicaron la posesión á nuevos derechos reales en forma de cargos, de dignidades, de inmunidades y de prestaciones. Seguramente no fué racional la confusión de funciones públicas con derechos privados; pero la aplicación de la posesión á estas funciones, convertidas en *jura in re,* cuando no debieron ser convertidas en tales, no fué ilógica ni contradictoria. El derecho canónico no hizo de nuevo otra cosa, además de dicha extensión, que ampliar el *unde vi* de los romanos mediante la *actio spolii,* que valía contra el tercero que conociera el espolio, y por respecto á los muebles. El derecho germánico se inspiraba en la máxima antes citada: *La mano debe asegurar la mano,* y, por consiguiente, prescribía que la tradición voluntaria de un mueble hecha por uno que no era propietario á un tercero de buena fe, debía producir el dominio en favor

de este último. Contra el mismo había luego que dirigirse mediante la acción petitoria; mas no podía decirse lo mismo con respecto al que no hubiese sido tercer poseedor. El derecho francés aceptó la máxima y la amplió, estableciendo que para los muebles no hubiera *derecho de persecución,* salvo en lo tocante á las cosas robadas ó perdidas. Para tales cosas no hubo, pues, acción posesoria, afirmándose luego de un modo absoluto el principio de que tratándose de muebles la posesión vale por título, con el fin de facilitar la rapidez en la circulación de tales cosas; y se admitió sólo para la universalidad de los muebles, no porque *sapit quid inmobile,* sino por ser *universitas.* El antiguo derecho francés concedía para el caso de ser turbado la *complainte,* y para el despojo la *reintégrande:* la primera presuponía la condición romana de la posesión jurídica y la posesión de un año y un día antes de ser turbado; la segunda no requería la posesión de un año y un día, y los intérpretes se la concedían aun á los detentadores. ¿Es racional la condición añadida del año y día á la de la posesión jurídica, exigida por el derecho romano? ¿Es conforme á los principios el conceder la acción de despojo aun á los detentadores? Ante todo se advierte que la prescripción anual del derecho romano no se refería á la adquisición de la posesión, sino á la duración del interdicto. Y si en determinados casos el derecho romano exigía un cierto ejercicio en el año que precedía al interdicto, esto provenía de la naturaleza de los actos realizados por intervalos, ó de los de los muebles destinados á pasar fácilmente de una mano á otra, como en el caso del *interdictum de itinere privato,* para el cual era necesario el tiempo de treinta años de ejercicio, y en el del *utrubi,* el cual presuponía la posesión *majore parti anni.*

La posesión de un año y un día, esto es, la *saisine* del derecho francés, se enlaza con la *Gewere* germánica. La *rechte Gewere* se obtenía mediante la posesión de un año y un día, sin contradicción del adversario, y se fundaba en su silencio; sólo libraba al poseedor de la obligación de probar la adquisición de la posesión, pero no le dispensaba del juramento sobre la justicia de la posesión misma. Originariamente, la *saisine* tenía la misma base que la *Gewere,* puesto que se adquiría por los mismos modos, esto es, con la toma de posesión y con la sucesión, y equivalía á la posesión fundada sobre el goce. La *saisine* adquirió un desarrollo que no pudo adquirir la *Gewere,* y separándose de los elementos feudales y del título de investidura, se inspiró en el concepto del abandono del adversario, abandono que se inducía del silencio durante un año y un día, y en el de la presunción de propiedad. La posesión se transformaba así en propiedad provisoria y presunta por obra del derecho francés, tomándose del derecho romano y del canónico los medios de protección. La posesión no se consideró ya en sí misma, sino en relación con la propiedad; cambió de base, aunque siguió empleando los mismos medios de defensa. Por tanto, la *saisine* representa una desviación de los principios racionales y romanos, según los cuales la posesión es un instituto independiente y separado del dominio, como demuestra perfectamente Viti en el *Comentario sistemático del código de procedimientos civiles.* Ni es justo conceder á los detentadores la acción de despojo, considerándola tan sólo como remedio contra la violencia, por cuanto es esencialmente posesoria, como puede comprenderse por su origen histórico, según el cual es una extensión del *unde vi* y presupone la posesión jurídica. Seguramente que cuando no se admiten más

que dos especies de posesión, la civil y la natural, como hacen los escritores franceses, no se puede negar á los detentadores la acción de despojo. La posesión civil reuniría todas las condiciones necesarias para prescribir; la natural estaría privada de alguna de ellas: de esta manera, es evidente que la posesión jurídica debe confundirse con la detentación, y por consecuencia, no hay más remedio que conceder la acción de despojo á los detentadores. Pero no hay que olvidar que no son lógicamente posibles menos de tres clases de posesión, ó sea la detentación, la posesión jurídica y la posesión prescriptiva. La diferencia entre la detentación y la posesión jurídica consiste en el ánimo de tener la cosa para sí; la posesión prescriptiva se distingue de ordinario por el justo título y por la buena fe, pero á veces no tiene necesidad de semejantes elementos y sólo aparece acompañada de los caracteres de la publicidad, de la continuidad, de la no interrupción, etc. Supuesta esta distinción, la acción de despojo no puede por menos de corresponder á quien tiene la posesión jurídica.

Pero ¿cuál es el fundamento filosófico de la institución? Diferentes son acerca del particular las teorías, las cuales pueden, sin embargo, distinguirse con Ihering en relativas y absolutas, según que encuentran el principio fuera ó dentro de la institución misma. La primera teoría relativa es la de Savigny, el cual dice que la violación de la posesión es violencia hecha á la persona, y que, por consiguiente, los interdictos tienen un carácter análogo á las *actiones ex delicto*. Cavallari escribía en las *Institutiones juris romani* que la defensa de la posesión se ha establecido para evitar la lucha entre los ciudadanos. Rudorf, en las adiciones al *Tratado* de Savigny, y Serafini, en las *Institucio-*

nes, repiten que el atentado á la posesión es atentado contra el orden público. Thibaut afirma que la protección de la posesión depende del concepto según el cual nadie debe predominar jurídicamente sobre otro sin tener para ello mejores y preferentes razones. Ahrens asigna como base de la posesión la máxima: *Quilibet praesumitur bonus et justus donec probetur contrarium.* Gans, en el *Sistema del derecho civil romano,* y Trendelenburg consideran la posesión como propiedad incipiente. Romagnosi, Zachariae, en el *Curso de derecho civil francés,* Mühlenbruch, en la *Doctrina Pandectarum,* Troplong, en el *Tratado de la prescripción,* y De Crescencio, en el *Sistema del derecho civil romano,* enseñan que el fundamento de la prescripción es la presunción del dominio. Ihering considera la posesión como la exterioridad, la posición del dominio, y la representa así como una fortificación avanzada de éste; la protección de la posesión, dice, es complemento necesario de la propiedad. De las doctrinas absolutas, la primera es la de Gans, y luego vienen las de Puchta, de Molitor, en el libro *La Posesión en derecho romano,* de Bruns y de Randa. Gans opina que el tener la cosa por efecto de la voluntad particular y de la voluntad universal ó de la ley constituye la propiedad; mientras que el tenerla tan sólo por la voluntad particular es la posesión; la voluntad particular contiene en sí algo de sustancial y merece defensa. Puchta y Walter añaden que la posesión es un derecho que se refiere á la propia persona. Molitor explica la índole de la posesión, diciendo que un hecho sin voluntad permanece en la categoría de los hechos y no pertenece al sistema de los derechos; y que la voluntad, elemento general del derecho, constituye el *jus possessionis,* inspirado en el *animus possidendi.*

Bruns es de parecer que la tutela de la posesión se funda sobre la idea de que el hombre, por sólo el hecho de la personalidad, tiene poder para dominar sobre las cosas. Cuando su voluntad de dominio, mediante la toma de posesión, haya llegado al señorío efectivo sobre cosas que ha encontrado sin dueño, establece un derecho absoluto, ó sea la propiedad; pero cuando se trata de cosas que no carecen de dueño, entonces da lugar á un derecho que sólo cede ante la prueba de propiedad. Hasta el momento en que esta prueba se realice, el señorío del hombre no puede ser turbado, y, por consiguiente, *possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet.* Randa esescribe que el querer actuado, aun en el caso en que sea un puro hecho no justificado, debe ser judicialmente defendido por el derecho.

Reflexionando detenidamente sobre todas estas doctrinas relativas y absolutas, y no parándose en la superficie, es lícito inferir que en las mismas se encuentra un idéntico concepto fundamental, si bien desarrollado de muy diferentes maneras, á saber: el concepto de la inviolabilidad de la persona individual unida á la cosa. Confróntese la teoría relativa de Savigny con la doctrina absoluta de Gans, y después de un diligente análisis crítico, se advertirá, como nota Pepere, el principio común que acabamos de indicar. Es cierto que Savigny combate á Gans, porque éste no explica cómo el hecho de la voluntad particular, que es alguna vez injusto, se convierte en derecho. Es cierto también que Gans sostiene contra Savigny que el derecho de posesión trae su origen de la violación, porque la violación presupone el derecho. Pero es innegable que según Savigny la razón suprema de la posesión se halla también en el vínculo íntimo entre

el poseedor y la cosa; por lo que en la violación del hecho de la posesión, ó de este no derecho, como él dice, se verifica un cambio perjudicial en el estado de la persona, cambio que se repara mediante la reintegración de la situación de hecho contra la cual ha atentado la violencia. El concepto de la inviolabilidad de la persona se encuentra en la doctrina de Savigny y en la de Gans, con la siguiente diferencia: que en la primera reviste forma negativa, mientras que en la segunda la reviste positiva, conexionándose con la célebre teoría de Kant acerca del título físico y racional de la posesión. Al mismo concepto se reducen las teorías del orden público y de la presunción según la cual á todo el mundo debe considerársele bueno y justo mientras no se demuestre lo contrario; por cuanto el fundamento del orden público es siempre el respeto de la personalidad humana, individual y colectiva, y en todos los hombres se encuentran los elementos de la naturaleza racional y libre juntamente con sus altos fines. La doctrina que representa la posesión como una propiedad presunta y como la exterioridad del dominio, se reduce, en último término, al concepto expuesto, ó sea á la propiedad como proyección de la persona individual. Ni se diga que tal principio es el origen de todos los derechos, y, por consiguiente, no constituye la base específica de la posesión, pues el filósofo jurista debe ante todo examinar si la posesión es un simple hecho, y un hecho que puede elevarse á derecho. No es posible realizar esta averiguación sin referirse á la fuente y al criterio supremo de los derechos, ó sea al principio de la personalidad. Por otra parte, este principio se convierte en la base específica de la posesión en cuanto se le ve realizado como señorío absoluto sobre cosas sin dueño, ó como derecho

relativo en otras cosas que no carecen de dueño, mientras no se demuestre la existencia de un derecho mejor. Esta explicación de Bruns no contradice realmente á la teoría de Gans, la cual ofrece también una base específica, puesto que el derecho absoluto ó el señorío pleno es el efecto de la actuación del querer singular reconocido como querer de dominio por la sociedad y por la ley; y el derecho relativo, que da lugar á la posesión, deriva también de la voluntad individual garantida como voluntad en general y no como voluntad de dominio hasta tanto que se pruebe la existencia de un derecho preferente. La teoría de Gans no puede ser interpretada de otro modo, si es que se le quiere dar una significación seria. Con hablar de la voluntad universal sólo en relación con la propiedad y olvidándola completamente cuando se trata de la posesión, no podría explicarse en manera alguna la tutela que á ésta se otorga.

Por lo expuesto puede verse cuán lejos de la verdad está la afirmación de Grocio: *Possessoria judicia juris civilis sunt*. Ruggieri, en la obra *La Posesión*, reproduce esta opinión, sosteniendo que la protección de la posesión no nace de su naturaleza, de su virtud absoluta, sino directamente del derecho positivo en consideración á sus relaciones exteriores, ó sea de la gran razón de conveniencia por la que, en la cuestión indecisa de derecho, deben dejarse las cosas conforme están y debe dejarse que siga poseyendo el que hasta ahora ha poseído. La posesión es un hecho protegido por interdictos, y conduce á la usucapión por razones extrínsecas de conveniencia y discreción. Todo cuanto queda dicho es la crítica más directa de tal manera de concebir la institución, para lo cual el autor se ha servido de las fuentes romanas.

Ihering, en el reciente libro *La Voluntad de poseer,* ha expuesto una nueva doctrina objetiva tocante al *animus domini,* combatiendo la subjetiva de Savigny, pero no ha cambiado de ideas en cuanto al fundamento de la posesión. De conformidad con los principios desarrollados en la obra *El Fin en el derecho,* estudia Ihering este estado de hecho que produce consecuencias jurídicas con relación á su fin. Savigny considera el *animus* como condición esencial de la posesión legítima. Ihering dice que si la posesión es un estado de hecho, es preciso atender á la exterioridad, al *corpus:* demostrado este extremo, ó sea la *corporalis possessio,* se tiene la prueba del *animus,* que va incluido en ésta. Según él, basta la exterioridad del hecho para que exista la posesión jurídica, sin necesidad de demostrar nada más. El demandado puede demostrar la imposibilidad de la posesión legítima en sentido absoluto porque la cosa está fuera del comercio, ó en sentido relativo porque haya una *causa possidendi* que lo excluya. El principio según el cual la posesión existe con sólo la exterioridad del hecho, no puede ser destruido sino mediante una determinación de la ley positiva, la cual declare expresamente que aquel estado de hecho es una simple detentación, dada la incapacidad del objeto ó del sujeto, ó por virtud de otras causas que especifique. Ahora, dejando aparte la cuestión de la prueba del *animus,* es seguro que para Ihering es también esencial el elemento dicho, y constituye la diferencia específica entre la detentación y la posesión. Al demandado le corresponderá probar que el *animus* no puede existir porque existe una especial *causa possidendi;* pero esto no quiere decir que el *animus* no sea condición esencial. El *animus* existe para Ihering aun antes de la cuestión judicial, en cuanto

va comprendido en la *corporalis possessio*, ó sea en cuanto se presume. En sustancia, el derecho sólo concede la acción posesoria á quien tiene este *animus* ó á quien se supone que lo tenga. El mismo Ihering opina que la teoría que funda la posesión jurídica, no sobre la voluntad real y concreta del individuo, sino sobre la voluntad típica, esto es, sobre la voluntad que el poseedor debería tener, se confunde en último término con la doctrina objetiva, en cuanto distingue la detentación de la posesión por la *causa possidendi*. Pero si la *causa possidendi* es la que engendra la diferencia entre la posesión física y la posesión jurídica, es evidente que la posesión jurídica no puede admitirse sino en los casos en que se demuestre que existe la voluntad típica, es decir, la voluntad que debería tener el poseedor. La simple *possessio corporalis* no es un indicio seguro de posesión legítima; es un hecho equívoco, por cuanto puede ó no puede ir acompañada del *animus* que el poseedor debería tener. ¿Cómo es posible, por tanto, presumir, con sólo el dato del *corpus*, la existencia del *animus* verdadero, de la voluntad típica? Ihering no resuelve esta dificultad, ni se percata de que no es sólo la ley positiva la que no admite verdadera posesión por falta del *animus* y por la incapacidad del objeto. Bajo este respecto, su teoría se aproxima á la de Grocio y á la de Ruggieri.

CAPÍTULO XII

Las obligaciones.

El patrimonio no consta sólo de derechos reales, sino que comprende también derechos personales, esto es, obligaciones. El derecho personal es un *jus ad rem, jus ad rem consequendam;* por tanto, consiste en una *res incorporalis, quae tangi non potest;* mientras que el derecho real es *jus in re* y se refiere á la *res corporalis, quae tangi potest*. La obligación se define como un vínculo jurídico por virtud del cual tiene uno que prestar una cosa ó un hecho. Ahora, la palabra prestación es genérica en cuanto se aplica á los derechos reales y á los derechos de la persona; por lo que el derecho de obligaciones tiene bajo este aspecto mayor extensión que el derecho real. La obligación como elemento del patrimonio es la que se refiere principalmente á intereses materiales, ó tiene, según se suele decir, un contenido económico. Los jurisconsultos decían aludiendo á la causa de tal obligación: *Ea enim in obligatione consistere, quae pecunie lui, praestarique possunt.* La obligación llamada por Stahl y por Ahrens ético-jurídica, por ejemplo la fidelidad conyugal, tiene un fondo enteramente moral, es superior al arbitrio humano y no entra en el patrimonio, puesto que carece

por sí misma de valor económico. El principio racional del cual surge la obligación patrimonial y la éticojurídica es la naturaleza limitada del hombre. *Unus homo, nullus homo:* el hombre debe ponerse en relación con los demás hombres para poder conseguir sus fines. La idea del hombre es siempre idea de especie; mediante tales relaciones, se basta á sí propio, adquiere la autarquía de que habla Aristóteles. La tendencia al desarrollo excita á los particulares á un cambio recíproco de prestaciones, mediante el cual cada uno se refuerza á sí mismo, y en el aumento de las fuerzas de los particulares se halla el aumento de la fuerza única del todo social.

La obligación supone por lo menos dos personas, una que tenga derecho á pretender y otra que deba la prestación, ó sea el acreedor y el deudor. El derecho engendrado por la misma es una relación directa entre persona y persona, por tanto, no puede hacerse valer más que contra la persona obligada. La pretensión del acreedor no implica un poder sobre la persona del deudor, sino una limitación temporal de su libertad en cuanto á determinados actos. Este concepto lo expresan las fuentes de la siguiente manera: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum.* El objeto de la obligación debe ser posible bajo el aspecto físico, moral y jurídico; en otros términos, la prestación debe ser conforme á las leyes de la naturaleza y de la libertad. Se ofende á las leyes de la naturaleza y al derecho cuando alguno se compromete á dar ó á hacer lo que materialmente no se puede dar ó hacer. Se falta á las leyes de la libertad cuando hay una promesa aceptada de realizar ac-

tos contrarios á la moral ó al derecho; pues la libertad se adquiere cuando se tiene el hábito del bien y de la justicia: fuera de estos límites no hay libertad, sino arbitrio y licencia. El objeto de la obligación, como valor que entra en el patrimonio, debe poder ser expresado en dinero. La falta de prestación de la cosa ó del hecho que uno está obligado á prestar trae consigo el resarcimiento del daño, el cual admite una estimación pecuniaria. El daño comprende la diminución efectiva del patrimonio y la ganancia que se ha dejado de obtener, *damnum emergens et lucrum cessans;* por eso el resarcimiento abarca *omne quod interest*, extendiéndose tanto cuanto el daño. La teoría del daño se aplica directamente sólo á las obligaciones patrimoniales, y aproximativamente cuando se trata de obligaciones de otra especie, como las que nacen de lesiones en el cuerpo ó en el honor. Bruns observa perfectamente que si en los hechos que lesionan la actividad orgánica ó la moral del hombre no es posible una forma de indemnización que destruya los efectos de la lesión, no es, sin embargo, absurdo el admitir la indemnización pecuniaria mediante la cual se ofrezca un medio de diferente naturaleza ó de diferente goce. Reconocemos con Ihering y con Windscheid que la tutela judicial debe hacerse extensiva aun á los intereses no materiales, y que el concepto del interés es muy amplio y relativo, puesto que envuelve el sentimiento de todas las condiciones de la vida, variable según el tiempo, el lugar y la raza, como opina Ihering. No negamos que el dinero, además de la función de pena, pueda en ocasiones representar una cierta satisfacción, y que de la acción de daños y de la indemnización patrimonial concedida en algunos casos al lesionado no se puede inducir en general el carácter pe-

cuniario del objeto de la obligación. Pero afirmamos que las obligaciones capaces de entrar en el patrimonio son, por regla general, susceptibles de estimación pecuniaria directa; si bien en el cambio á veces el valor del objeto de tal especie de obligación no puede reducirse exactamente á moneda, por cuanto en la prestación intervienen las aptitudes geniales del individuo. Faltando la estimación exacta, se dará en este caso la valuación pecuniaria indirecta ó aproximativa: esta valuación representará una pena, una satisfacción ó un recurso en las obligaciones ético-jurídicas, sin tener la pretensión de expresar en dinero su objeto; pero no dejará de entrar en el patrimonio, aun cuando no pueda entrar en la obligación. Por último, la obligación en general no se concibe sin causa, es decir, sin fin; y aquí la causa se equivale con la finalidad inmediata y extrínseca, independiente de los motivos internos y subjetivos, como se verá inmediatamente.

Según los juristas modernos, las obligaciones pueden provenir de cinco fuentes, á saber: del contrato, del cuasi contrato, del delito, del cuasi delito y de la ley. Los jurisconsultos romanos enumeraban cuatro: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Las *variae figurae causarum* son designadas en las fuentes de este modo: *aut quasi ex contractu, aut quasi ex maleficio.* La filosofía del derecho puede reducir estas fuentes á dos, á la voluntad humana y al orden jurídico natural, puesto que las obligaciones, excepción hecha de las contractuales, no se adquieren voluntariamente, sino que son impuestas de manera directa ó indirecta por la ley de razón, como vamos á ver. El cuasi contrato es el hecho bueno de una per-

sona que la obliga para con otra sin convención alguna. El cuasi contrato se distingue de la lesión en que nace de un hecho lícito, y del contrato en que se origina por la voluntad de una sola parte. Ejemplos de cuasi contratos son la gestión útil de negocios, el pago de lo indebido y la *communio incidens*. Su fundamento es la voluntad normal del hombre, que la ley presupone y de que habla Lassalle, ó el consentimiento presunto, que se armoniza no obstante con el principio de equidad. No hay contradicción alguna en afirmar que en la gestión de negocios, para no hablar sino de un cuasi contrato, se suponga el consentimiento del *dominus negotii,* el cual aspira ciertamente á lo mejor en sus cosas, y al mismo tiempo se admite que dicho *dominus* no debe enriquecerse á expensas del *gestor*. Antes bien estos dos conceptos son congruentes, porque presumido por la ley el consentimiento del *dominus negotii,* es lógico inferir que si se quiere el fin se quieran los medios, y que por tanto, exista obligación de indemnizar. Rosmini rechaza esta forma y la denominación de cuasi contrato como absurdas, porque no es posible concebir nada que se halle en medio, entre el contrato y el no contrato; cree que en dicha forma la ley finge un consentimiento que no existe de ninguna manera, y explica con el principio de la equidad las obligaciones mal denominadas cuasi contratos. Mas no tiene en cuenta que el supuesto común á los contratos y á referida forma es siempre la voluntad: el concepto de ésta deshace muy pronto toda objeción y muestra que no hay verdadera *fictio juris* allí donde se encuentra el querer justo de la naturaleza humana. No se comprende bien la voluntad normal del hombre cuando se confunde con el querer mudable y de hecho del indivi-

duo, y se dice que el consentimiento presunto es incierto, y que no puede producir derechos, obligaciones ciertas, y que el *dominus negotii* es á veces incapaz de prestar consentimiento, por ser loco ó infante. La voluntad normal es la conforme á razón, es la voluntad que el hombre debe tener en la conducta de la vida, cuando es *sanae mentis*. Semejante voluntad es siempre cierta, y sería propia del individuo loco si, no siendo loco, poseyese juicio, y del infante si, en vez de ser infante, fuese adulto. Ninguna otra especie de voluntad puede ser erigida en principio de la ley, que es manifestación de la razón. Claro está que la obligación en los cuasi contratos proviene directamente del consentimiento presunto, de la voluntad, é indirectamente de la ley en que se inspira.

Del concepto del orden jurídico natural derivan también las obligaciones que son consecuencias del dolo y de la culpa. Lesionado el orden, ofendido el derecho, surge la necesidad de la restauración, la cual se consigue mediante la pena y el resarcimiento del daño. El delito lo constituyen el dolo y el daño; la culpa se identifica con el cuasi delito y es una infracción del *debitum diligentiae,* la cual causa perjuicio. La culpa se diferencia del caso fortuito, porque en ella no se ha previsto lo que podía preverse, mientras que en el caso lo imprevisto era imprevisible. El delito y el cuasi delito producen en los tiempos modernos principalmente la obligación de la pena y accesoriamente la de la reparación del daño. Abolidas las penas privadas del derecho romano, por virtud de las cuales el ofensor debía pagar al ofendido una suma de dinero, y proclamado el principio de que la pena es una exigencia de justicia social y materia de derecho público, la obligación principal proveniente del delito y del cuasi delito no perte-

nece ya al derecho privado, como en algún tiempo sucedió entre los romanos, sino que al derecho privado sólo corresponde la obligación accesoria, llamada por Nicolini famulativa, que se refiere á la indemnización de daños y perjuicios. Del orden jurídico natural nacen también, y de un modo inmediato, algunas obligaciones que forman parte del patrimonio. No es verdad que todas las obligaciones que emanan de la ley pertenezcan al derecho público, pues la ley puede establecer algunas veces obligaciones en vista del interés y de la utilidad privada y declarar derechos que pueden ser adquiridos en el verdadero sentido de la palabra.

Las obligaciones, si se prescinde de su origen (en razón del cual son voluntarias ó involuntarias), se dividen en varias especies, por razón del sujeto, del objeto, del vínculo y de la acción que las garantiza. Los sujetos pueden ser un solo acreedor y un solo deudor, ó varios acreedores y un solo deudor, ó viceversa, ó varios acreedores y varios deudores á la vez. Desde este punto de vista, y especialmente en el caso de la pluralidad de los sujetos, las obligaciones son *pro rata* ó *in solidum*. En la obligación *pro rata* los acreedores y los deudores tienen derechos y deberes por su parte correspondiente; tal obligación no es única, sino que se divide en tantas otras cuantas son las partes. Las obligaciones *in solidum* contienen un vínculo ó unidad esencialmente subjetiva, por virtud de la cual cada uno de los acreedores tiene derecho á exigir el todo de la obligación al deudor, y cada uno de los deudores está obligado á prestar el todo al acreedor ó acreedores. En el derecho romano se distinguía la *obligatio correalis* de la *obligatio in solidum;* en la primera había una obligación común, mientras que en la segunda varias personas estaban obli-

gadas por entero cada una de ellas, y había tantas obligaciones independientes como personas obligadas; en la correal, el que pagaba libraba á los demás deudores, obraba en causa propia y no podía pedir el reembolso, como en la *obligatio in solidum*, y si la sentencia absolvía á un obligado, la absolución se extendía á todos; lo cual no sucedía en la *obligatio in solidum*. Una distinción algo análoga hacen ciertos juristas que siguen las huellas de Malineo y dicen que una cosa es la solidaridad perfecta y otra la solidaridad imperfecta: la primera nace de convención explícita y se funda sobre un mandato presunto de las partes, *ad servandam et perpetuandam obligationem;* la segunda surge de un hecho ó de la ley y no presupone el mandato. El efecto común á ambas clases de obligación es el *deberi in totum;* pero interrumpida la prescripción por un acreedor ó por un deudor en la solidaria perfecta, se interrumpe para todos, y caído en mora un deudor caen todos, mientras que en la solidaria imperfecta no sucede así. La diversidad de las consecuencias depende del mandato recíproco entre las partes, presunto en la solidaria perfecta y no admitido en la solidaria imperfecta.

Tocante al objeto, las obligaciones pueden ser divisibles, indivisibles, alternativas y facultativas. Dícese la obligación divisible, si la prestación es capaz de dividirse natural ó jurídicamente; indivisible si la cosa ó el hecho no son susceptibles de división (como la obligación de entregar un caballo), ó si aun siendo capaz de división, las partes no han considerado así al objeto; antes bien han creído todo lo contrario (como la obligación de construir una casa). La individualidad es unidad objetiva, y se mantiene entre los herederos, á diferencia de la solidaridad, la cual se extingue

cuando desaparecen los sujetos entre quienes existe. Los escritores secuaces de Molineo suelen contraponer una obligación indivisible perfecta á una indivisible imperfecta. La perfecta proviene de la naturaleza y del contrato y tiene por consecuencia el *deberi pro parte, sed in totum*. Se debe *pro parte*, por razón de las personas que no forman unidad, como en las obligaciones solidarias; mas, sin embargo, se debe el todo *ratione rei et facti*. La demanda contra uno de los deudores para interrumpir la prescripción aprovecha á todos los acreedores en la obligación invisible perfecta, pues ningún acreedor puede conservar su parte de derecho sin conservar la de los demás. La individualidad imperfecta se halla establecida *ob incongruitatem solutionis* (esto es, para evitar el daño que provendría de un grupo fraccionado), y sólo se mantiene entre los herederos del deudor, no entre los del acreedor, lo cual demuestra que en este caso no existe el *individuum solutionis*, como creía Pothier, sino algo menos. Aquí no se divide el pago, porque su división originaría perjuicio; esto es todo. La obligación es alternativa si bajo el mismo vínculo se comprenden disyuntivamente varias cosas de las que el deudor tiene que prestar una, por regla general á su elección. En la obligación facultativa, las cosas no se comprenden en el vínculo, y el deudor puede prestar á su voluntad la que tenga por conveniente.

Cuanto al vínculo, las obligaciones son puras ó simples, condicionales, á término y con cláusula penal. Las obligaciones puras y simples están destituidas de toda modalidad. Llámase condición un acontecimiento futuro é incierto del cual depende la obligación. Las condiciones son varias, según la clase del acontecimiento, el efecto que producen y el modo cómo se re-

velan. Por respecto á la clase del acontecimiento, las condiciones son afirmativas si se pone en el contrato ó en el acto que el hecho debe acaecer; negativas, si se pone que no acaezca; potestativas, cuando dependen de la voluntad del acreedor ó del deudor; casuales, si se hacen depender de la suerte; mixtas, cuando se refieren en parte á la voluntad de un tercero, y en parte á la suerte; posibles ó imposibles, física, moral y jurídicamente. Es nula la obligación que depende de la mera condición potestativa, del *si voluero* del obligado, ó de un acto insignificante del mismo, que viene á ser el mismo *si voluero;* por ejemplo: te daré ciento si me miras á la cara. Son nulas las obligaciones dependientes de condiciones imposibles bajo cualquiera de los tres aspectos dichos. Pero la obligación subsiste cuando se la hace depender de no hacer una cosa imposible, porque en este caso la condición está desde luego cumplida. La condición torpe negativa se admite, porque el derecho no puede desconocer la promesa aceptada de un beneficio para inducir á alguno á que no haga el mal. La condición torpe negativa, si es casual, debe ser considerada como lícita con respecto al deudor, porque el hecho depende de un tercero, y con respecto al deudor es como cualquier otro acontecimiento. Por lo que toca al efecto, las condiciones son suspensivas y resolutorias, según que dependa de ellas la adquisición de un derecho ó la terminación de la obligación. La primera deja en suspenso la obligación, ó sea que mientras la condición no se cumpla, la obligación carece de eficacia; cuando se realiza el acontecimiento en que la condición consiste, la obligación se considera como si desde el origen hubiera sido pura; si la condición no se cumple, se reputa que la obligación no ha existido nunca. La segunda no suspende la

ejecución de la obligación; pero cuando se cumple, se considera como si la obligación no hubiera existido desde el origen y el acreedor está obligado á restituir lo que haya recibido. Con relación al modo cómo revelan su existencia, las condiciones son expresas y tácitas ó sobreentendidas. El término es un acontecimiento futuro y cierto: el término no suspende la obligación, no hace más que retardar su ejecución. La cláusula penal es una especie de transacción ó liquidación antecedente de los daños y perjuicios; aparece cuando una persona quiere asegurar el cumplimiento de una obligación y promete algo para el caso de no cumplimiento ó de retardo. La cláusula penal representa lo accesorio; por tanto, la nulidad de la obligación principal trae consigo la de la cláusula misma.

Por lo que respecta á la acción, las obligaciones se clasifican en civiles y naturales. Las obligaciones civiles están también fundadas en el derecho natural, que es la base del derecho positivo, y son enteramente reconocidas por la ley, que las rodea de una acción; las obligaciones naturales se fundan también sobre el derecho civil, que las admite, aunque no en la plenitud de sus efectos, y las garantiza sólo por via de excepción, no obstante que su inmediato principio sea el derecho racional. Las obligaciones naturales se diferencian de los deberes morales llamados *officia,* los cuales únicamente traen su fuerza de la moral. Bajo el respecto del derecho positivo, dichas obligaciones son incompletas y no absolutamente ineficaces, nacidas de la necesidad de reconocer en algunos hechos fines lícitos y vínculos de razón; pero por diferentes motivos de interés social, no puede concederse á tales relaciones la garantía de la acción. En las obligaciones naturales se reconoce el *vinculum aequitatis,* el *debere natura,*

como dicen las fuentes, y la ejecución de la prestación se considera, no como acto de liberalidad, sino como cumplimiento de un vínculo jurídico, de un *debitum naturale*. Por esto se excluye la repetición de lo pagado, y por eso no hay posibilidad de restitución en caso de ingratitud ó de que sobrevengan hijos. Claro está que este *vinculum aequitatis,* que es también *vinculum juris* en el derecho filosófico, se quedaría en pura abstracción si no fuera confirmado, dentro de ciertos límites, por el derecho positivo. La misma personalidad, para ser sujeto de derechos y deberes, necesita, como hemos visto, de una investidura civil. No debe causar extrañeza el que semejante reconocimiento sea preciso para la *obligatio naturalis,* lo cual no quiere decir que no haya otro fundamento de la obligación más que el que le da el derecho civil. El derecho racional no tiene efectos prácticos sin el reconocimiento de la ley; mas no por esto son creaciones de la ley el derecho y la personalidad. La obligación natural tiene su fundamento fuera del derecho positivo en el sentido de derivar de la *recta ratio*, la cual se muestra en las leyes civiles gradualmente, si bien nunca se agota en ellas. La palabra «fuera» indica aquí una fuente superior, pero no absolutamente extrínseca y trascendente; pues el derecho natural se desenvuelve en el derecho positivo y se conexiona con él, lo mismo que lo *verdadero* se compenetra con lo *cierto*. Bajo otro aspecto se halla la *obligatio naturalis* en el derecho positivo, se funda en la ley, y es bajo el aspecto de que se puede hacer valer mediante una excepción. Windscheid opina que dicha obligación representa la parte inorgánica del sistema del derecho; y en efecto, si se consulta la historia, se ve que no se equivoca. El antiguo *jus civile* era muy estrecho, además de ser férreo, y dejaba fue-

ra de sí muchas relaciones que eran verdaderamente jurídicas. Poco á poco, estas relaciones, reguladas primero por el *jus gentium* y por el *jus naturale*, fueron entrando en el *jus civile*. La afirmación de Windscheid, considerada en sí misma, no es exacta, porque la deficiencia de la obligación natural depende de su razón de ser, de su propia naturaleza. Puede decirse que su perfección consiste en este defecto de origen, el cual no permite que se la equipare á la *obligatio civilis*.

Las obligaciones se extinguen de diez maneras. La primera es el pago, que en sentido estricto se define como *praestatio ejus quod in obligatione est*. Las leyes, al intento de favorecer los intereses del comercio y facilitar la repetición contra el deudor por lo que se ha pagado por él con el propósito de librarlo de su compromiso, han introducido el pago por subrogación. Este pago consiste en una cesión fingida, por efecto de la cual un crédito extinguido por pago hecho por un tercero se considera, sin embargo, subsistente en beneficio de éste, quien para recuperar lo que ha pagado puede ejercitar todas las prerrogativas que del crédito derivan. El segundo modo es la novación: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*. La novación puede ser subjetiva si tiene lugar en los sujetos de la obligación, y objetiva si se verifica en los objetos de la misma. La novación subjetiva existe cuando, por virtud de una nueva obligación, reemplaza un nuevo acreedor al antiguo, con respecto al cual el deudor queda libre, y cuando un nuevo deudor reemplaza al antiguo, el cual queda de este modo libre. En el primer caso es necesario el consentimiento del deudor, del acreedor antiguo y del acreedor nuevo; á diferencia de lo que sucede con la cesión de crédito, que se realiza con sólo el consentimiento del acreedor

cedente y del cesionario, y no produce novación alguna. En el segundo caso puede originarse la delegación ó la expromisión: la delegación presupone el consentimiento del acreedor, del deudor nuevo y del deudor antiguo, mientras que la expromisión requiere el del acreedor y el del nuevo deudor. El principio que regula la condición del consentimiento por respecto á las personas que intervienen en la novación consiste siempre en la tutela de los intereses racionales de las partes que podrían experimentar perjuicio con el cambio. La novación objetiva existe cuando se reemplaza el objeto de la antigua obligación con otro objeto, ó cuando se modifican sus modalidades. El tercer modo es la remisión de la deuda ó abandono gratuito del crédito, lo que en el fondo es una donación; por eso exige reciprocidad de consentimiento.

El cuarto modo es la compensación, la cual se define: *Debiti et crediti inter se contributio*. Los débitos deben ser del mismo género, porque *aliud pro alio invito creditore solvi nequit;* deben ser igualmente líquidos y exigibles, es decir, debe existir la certeza del *quantum et an debeatur*, y no pueden someterse á condiciones ó á término. La compensación (cuya utilidad la presintió Pomponio al escribir *Interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere)* ha adquirido en los tiempos modernos muchísima importancia, y en los grandes centros se convierte en modo absorbente. Los pueblos civiles recorren tres etapas: primero emplean la circulación metálica, luego se sirven de la circulación mixta, y cuando llegan á la madurez, limitan la extensión de los billetes, admitiendo con gran amplitud el sistema de la compensación. Luzzatti ha comparado perfectamente la economía de la circulación en su última fase con una pirámide cuya amplia base es

de metal, la cúspide de billetes y todo el cuerpo del edificio de letras de cambio, de depósitos y de actos compensativos. La aptitud del billete de banco para economizar las especies metálicas es menor que la que poseen otros medios de crédito y mucho menor que el sistema de compensación, representado por la circulación de *checks*, asignaciones bajo la forma de mandatos ú órdenes de pago, y por la *Clearing-House*, ó por las estancias de compensación. Patterson, Bagehot y Pelgrave demuestran con cifras la siguiente ley del mercado inglés: que el crédito de compensación va sustituyendo al crédito por emisión. Las cantidades pasadas por la *Clearing-House* en 1844 no superaban más de cuarenta veces el importe de la circulación fiduciaria; en 1872 lo superaban ciento treinta veces. Y, sin embargo, Inglaterra y los Estados Unidos fueron un tiempo los países de las saturnales de la circulación por billetes.

El quinto modo es la confusión, ó la reunión en una misma persona de dos cualidades que se destruyen mutuamente, es decir, de la cualidad de acreedor y de la de deudor. El sexto es la pérdida de la cosa debida, ó evento que produce la imposibilidad de satisfacer la obligación, sin culpa del deudor y antes de la mora; evento tal que lo mismo hubiera perecido la cosa en poder del acreedor. Esta pérdida no se extiende á las cosas genéricas, porque *genera nunquam pereunt*. El sexto modo se funda en la falta de objeto de la obligación. Séptimo modo es la anulación y la rescisión: la anulación proviene de un vicio intrínseco del contrato; la rescisión depende de la lesión. En los casos de anulación la obligación se disuelve; en los casos de rescisión puede producirse el mismo efecto, ó puede continuar el vínculo mediante el pago de la diferencia

que falta para llegar al justo precio. El octavo modo es la condición resolutoria. El nono es la prescripción. El décimo y último es la muerte del deudor en las obligaciones de hacer, porque falta el sujeto que tenía que cumplir ó no cumplir una relación establecida por consideración á la persona. Tratándose de obligaciones de dar, la muerte del deudor no es causa de la extinción del vínculo, porque la cosa puede ser entregada también por los herederos. Con la muerte de la persona terminan todas aquellas relaciones que se conexionan con ella de un modo íntimo; pero continúan vivas aquellas otras que se refieren más directamente á su patrimonio.

CAPÍTULO XIII

El contrato y sus formas.

Fuente de las obligaciones voluntarias es el contrato, que comprende gran parte del derecho privado, el cual por lo mismo se llama *jux voluntarium.* El contrato se enlaza de un modo evidente con el dominio, porque la voluntad del propietario dispone libremente, puede continuar en las cosas ó retirarse de ellas y puede perfectamente hacerse sustituir por otra voluntad en el momento en que se retira mediante un acuerdo. El acuerdo deriva de la voluntad como arbitrio, y consiste en el cambio de las utilidades de la vida, cuya razón se encuentra siempre en la limitación de la naturaleza humana y en el impulso á la autarquía, como ya queda dicho. Lo cual demuestra una vez más que las relaciones éticas de orden superior, aunque no extrañas á la voluntad, no pueden explicarse mediante el contrato, porque éste tiene en sí algo de arbitrario y de accidental, y versa sobre las utilidades.

Según los jurisconsultos romanos, el contrato es *duorum vel plurium in idem placitum consensus.* Mas se ha notado que dos personas pueden estar de acuerdo sobre una teoría, y sin embargo no contratan. Por lo

que es oportuna la adición de Heinecio á la definición romana: *de re danda, vel facienda, vel praestanda.* Los escritores modernos conciben el contrato como el acuerdo de dos ó varias personas sobre un objeto de derecho, que se reduce á un valor económico. Rosmini entre ellos considera el contrato como la concurrencia y el efecto jurídico de los correspondientes actos de dos personas, una de las cuales, propietaria de un derecho, desliga de sí voluntariamente el vínculo jurídico (con ó sin condiciones), para que la otra se haga propietaria de él, también si quiere; y esta otra hace efectivamente acto de aceptación, y una vez cumplidas las condiciones, si existen, se apropia aquel derecho. Por tanto, el contrato es una promesa aceptada: la promesa sin la aceptación es un deseo de dar, de hacer ó de no hacer algo. La promesa es, por regla general, en las fuentes *pollicitatio: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero solius offerentis promissum.* En tres casos la *pollicitatio* obligaba al promitente, y esto por motivos particulares de favor concedido por las leyes á algunos institutos, á saber: cuando la promesa constituía dote, ó se hacía en provecho de un municipio para conseguir un cargo, ó por causa religiosa en forma de oferta hecha á Dios.

En los tiempos primitivos, el contrato no tuvo ni pudo tener la importancia que ahora tiene. El derecho primitivo era esencialmente imperativo, porque los hombres debían ser reducidos á la obediencia de las leyes, hacia las cuales se mostraban muy rebeldes, y para esto se necesitaba un poder fortísimo. Los siglos de servidumbre preceden por necesidad histórica á los siglos de libertad y de iniciativa personal: el individuo no era el fundamento del orden jurídico

de los primeros tiempos, sino la sociedad; no creaba derechos y deberes por sí, sino como jefe de una tribu, de una comunidad menos extensa ó de una familia. Los contratos se celebraban entre los jefes de comunidades particulares, y no eran fáciles; se les rodeaba de muchas formalidades, porque la mente se hallaba sumergida en las sensaciones y en las imágenes, que era lo que ocupaba el lugar de la esencia de las cosas, como ya queda dicho. La formalidad y la ceremonia, realizadas perfectamente, tenían en tal época la mayor importancia, atendiéndose poco al valor de la promesa ni á los vicios del consentimiento. Ni, como advierte Maine, podía ser mucha la buena fe cuando en los poemas homéricos se alaba la sagacidad engañadora de Ulises, lo mismo que la bravura de Aquiles. Si en nuestros tiempos ha aumentado la mala fe, preciso es tener en cuenta la indefinida extensión y la inmensa complejidad de las relaciones sociales actuales y el grandísimo aumento de cosas y de ocasiones.

El mismo Maine demuestra claramente las tres fases del contrato, ó sea la fase en que la noción de éste se hallaba confundida con la de la transferencia del dominio, la de la separación del contrato y el pacto y la de la absorción del contrato en el pacto. Los romanos llamaron primeramente *nexum* al contrato, y el *nexum* comprendía también los *jura in re* y los modos de transferir la propiedad: *Nexum est omne quod geritur per aes et libram*. Después, el *nexum* se refirió sólo al contrato, mientras que la *mancipatio* se aplicó al dominio. Con el *nexum* sucedió lo mismo que con la *patria potestas*, la cual originariamente comprendió los hijos, la mujer y la propiedad, y luego se dividió en *patria potestas* propiamente dicha, en *mancipium* y en *manus*. Separado el contrato de la transferencia del

dominio, fué un pacto acompañado de obligación, y se contrapuso al pacto nudo, el cual no producía obligación. Tras de la unidad y la indistinción de los comienzos, vino la antítesis y el desarrollo. De las cuatro especies romanas de contratos, los más antiguos fueron los verbales, cuyo tipo es la *stipulatio,* que consistía en una demanda hecha por quien debía recibir una promesa, y en la respuesta. Después aparecieron los contratos escritos, que se realizaban mediante la escritura de la suma debida en los libros de cuentas; y después los contratos reales, en los que la ejecución de una parte imponía la ejecución y cumplimiento de la otra parte, por razones de equidad. Los últimos que aparecieron fueron los consensuales, ó sea el mandato, la sociedad, la venta y la locación, que se perfeccionaban con el consentimiento mutuo. Los contratos consensuales eran *jure gentium,* y se desarrollaron en la época en que el comercio romano se extendió y se regularizó. Los jurisconsultos, sin embargo, creyeron que tal categoría de contratos fuese primitiva, porque estaban dominados por la ilusión de la precedencia histórica del *jus naturae et gentium,* precedencia que ya hemos discutido. También aquí debemos observar que lo más espiritual y más universal no puede aparecer al principio, sino al fin, á no ser que se quiera contradecir la eterna historia de la mente de los individuos y de los pueblos. En un tercer período el pacto absorbió el contrato por los progresos del *jus naturae;* los pactos tuvieron una acción de equidad por suponer una causa, pero no tenían forma de contratos, y la *obligatio naturalis* fué reconocida y protegida por una excepción. En la Edad Media, los conceptos romanos del tercer período se desarrollaron más ampliamente y desapareció la distinción entre pacto y contrato, má-

xime por la aplicación del derecho longobardo, del cual surgió la *actio de nudis pactis*. Ya Tácito había dicho de los germanos: *vir bonus solis verbis obligatur*. Todo pacto añadido al contrato *in continenti aut ex intervallo* produjo acción; ya no se distinguió de una manera resuelta y eficaz el contrato de estricto derecho del de buena fe, considerando que todos los contratos eran de buena fe, y se admitió universalmente que el dolo y el fraude vician cualquier acuerdo entre las partes.

La obligación de la observancia del contrato no se tan solo moral, sino también jurídica. El incumplimiento es infracción de la buena fe, y es daño en cuanto lesiona intereses y derechos adquiridos. Aquel que promete se despoja de sus propias cosas, las transfiere al poder del que acepta, y tiene, por tanto, derecho á que éste cumpla su obligación y á recibir un equivalente; y el que acepta tiene derecho á la cosa prometida, que se ha hecho ya suya por efecto del encuentro de las dos voluntades. Los antiguos doctores decían que si el promitente retirase la promesa, querría ligar consigo una cosa legítimamente ligada con otros. El aceptante que quisiera arrepentirse obligaría al promitente á hacer, á pesar suyo, una nueva adquisición: y tanto en uno como en otro caso existiría injusticia manifiesta. Ahora, cuando Fichte afirma que la obligación de cumplir el contrato aparece en cada parte cuando la otra ha comenzado á cumplirlo, sigue la falsa máxima según la cual, antes de la ejecución la obligación es exclusivamente moral, no jurídica. La fuerza obligatoria de los contratos está, en el fondo, en el consentimiento libre de las partes, regulado por las normas de la equidad y de la justicia. Schlossmann, en su libro *El Contrato*, combate esta idea. Afirma que tal fuerza no de-

riva de la voluntad, porque podría cesar en el promitente la intención de quedar obligado, y porque hay una serie de casos de obligación en los cuales lo que se ha declarado exteriormente no responde á la voluntad real del deudor. Por ejemplo, el que declara por broma, y su declaración hace suponer al acreedor un propósito serio de dar ó de hacer, queda obligado, lo mismo que el que declara con reservas mentales, ó suscribe documentos preparados por otro, sin leerlos. Schlossmann no ha considerado que por el encuentro de dos voluntades en el contrato se ha formado una voluntad común, que es ley para las partes. En el promitente no puede cesar la voluntad de quedar obligado, porque es necesario el mutuo disenso para disolver el vínculo ya contraído. Si hay algunas obligaciones en materia convencional que nacen también de la ley, la cual representa el principio de justicia y de equidad, y no son voluntarias (aun cuando se originen con ocasión de un hecho voluntario culposo ó doloso), no por esto se puede negar que las demás obligaciones traigan su origen y su fuerza de la voluntad de las partes. En los ejemplos que Schlossmann aduce hay obligación por la imprudencia de quien promete ó suscribe, ó por su malicia: *Nemo ex culpa sua beneficium trahere debet: Factum cuique suum, non adversario nocere debet*. De otro lado, vale también la máxima: *Malitiis non est indulgendum*. La indicada opinión se enlaza con otra doctrina más amplia, pero no exacta, sobre los negocios jurídicos, de los cuales es una especie el contrato. Sabido es que tales negocios son manifestaciones de voluntad encaminadas á hacer nacer, á cambiar y á disolver una relación de derecho; ahora se afirma que los efectos jurídicos del acto del hombre no dependen de la voluntad privada, sino de la ley. El acto del hom-

bre es un hecho al que la ley atribuye determinadas consecuencias, sin atender á la intención ni, por tanto, al propósito lícito ó ilícito del agente. En esta doctrina hay una parte de verdad, en cuanto la ley reconoce y regula el negocio jurídico y el acto del hombre según el criterio de su natural causalidad y de su eficiencia social. Mas la ley no crea el negocio jurídico, como no crea la capacidad de querer y sus actos, sino que limita su propia función al reconocimiento y á la sanción. En la vida se desarrollan actos y fines individuales que la ley admite y regula, lo mismo que se realizan también actos y fines que la misma combate; de donde resulta la diferencia imborrable entre negocios jurídicos y hechos ilícitos. Al regular los efectos de semejantes negocios, la ley, partiendo siempre del concepto de su natural causalidad y eficiencia social, se fija especialmente en los que han querido las partes, prohibe algunos que también han sido á veces queridos y añade otros. La ley tiende, por regla general, á llevar á la práctica la voluntad del hombre, aun en algunos casos en que no sea posible el efecto jurídico previsto. Por ejemplo, el legado de usufructo de cosas consumibles no podía en rigor admitirse en Derecho romano. Sin embargo, este mismo derecho concedía al usufructuario la propiedad de las cosas, obligándolo á dar caución para la restitución de una cantidad equivalente. He aquí, pues, efectos jurídicos de que no tiene conciencia el autor de la declaración de voluntad, y que no son queridos directamente por él.

Especialmente la obligación de la observancia del contrato depende de la presencia de cuatro requisitos esenciales, á saber: de la capacidad de querer, del verdadero consentimiento, de la posibilidad de prestar el objeto y de la causa. Los contratantes deben ser

personas que tengan el uso efectivo de la razón y puedan disponer legítimamente por sí mismos de los actos de su voluntad. Por lo que los locos, los ebrios, los infantes y en general todos los que deben someter su voluntad á la voluntad de un tercero, no tienen aptitud ni capacidad para contratar. El consentimiento debe ser determinado, es decir, debe ser un acto de firme voluntad de enajenar y de adquirir; no puede menos de ser uniforme, pues de otra suerte no existiría el *idem placitum*, y, por consecuencia, faltaría la reciprocidad. Esta exige el encuentro simultáneo de las voluntades de las partes, pues en otro caso, se manifestarían deseos separados y no nacería el verdadero consentimiento; como en el caso en que uno contesta negativamente á quien le pide en cambio un objeto, y después, arrepentido, acepta. En esta hipótesis se ignora si el que hizo la petición conserva el mismo propósito que tenía antes de recibir la segunda respuesta. El consentimiento prestado *post factum* vale, por medio de la ratificación, como si se hubiere prestado en el momento de realizar el acto. La ratificación tiene tal fuerza por su propia naturaleza y no por disposición de la ley, como se desprende del análisis de su concepto. El consentimiento debe ser también claro; y la claridad se obtiene tanto de una manera expresa como de una manera tácita. Suponiendo que el consentimiento no sea más que determinado, uniforme, recíproco, contemporáneo y claro, según el análisis de Rosmini y de Tolomei, pero carezca de libertad, claro es que no producirá efectos jurídicos. El consentimiento es verdaderamente libre cuando las actividades del hombre de que proviene obran sin aquellos obstáculos que impiden su ejercicio; tales obstáculos son el error, el dolo y la violencia. La pa-

labra libertad tiene aquí un sentido muy lato y genérico.

La simultaneidad del consentimiento da origen á la controversia relativa á la perfección de los contratos en que la declaración de un contratante no es simultánea á la percepción de la misma por parte del otro contratante. ¿Cuándo se perfeccionan estos contratos, en el momento de la aceptación ó en el momento en que semejante aceptación ha llegado á noticia del proponente? Nosotros seguimos la teoría que enseña que el contrato está perfecto desde el instante en que el proponente tiene conocimiento de la aceptación. El consentimiento es el concurso de dos voluntades, ó el encuentro de las mismas en el *idem placitum;* ahora, el encuentro de dos voluntades no es la coincidencia ciega de las mismas en el tiempo, sino su compenetración, la cual no es posible sino mediante la conciencia, mediante el conocimiento. Las voluntades no se unen sino en la conciencia de las personas que quieren unirlas y manifiestan su propósito con formas particulares. Si entre presentes obligan las palabras cuando son comprendidas, la carta de aceptación y el telegrama deben llegar á noticia del que propone para que nazca la *obligatio mittentis seu scribentis.* En el caso de que, entre presentes, el proponente se encuentre incapacitado físicamente para comprender la respuesta ó las palabras del que debe aceptar, es evidente que el contrato no ha tenido lugar. Hasta tanto que el proponente no tenga noticia de la aceptación, no hay por parte suya más que un *propositum* sin obligación. La carta y el telegrama de quien propone son siempre cosas inanimadas, y por eso no pueden ser considerados como mandatarios encargados de recibir y de conocer la aceptación. No puede admitirse que exista contrato si

uno de los contratantes ignora el consentimiento del otro, y, por tanto, no tiene conciencia alguna de la propia obligación. La propuesta y la aceptación son necesarias para la perfección del contrato, y deben ser gobernadas por la misma regla; la propuesta obliga cuando llega á noticia de la persona á quien se dirige y ésta la acepta; la aceptación obliga también cuando el proponente la conoce. No debe tratarse desigualmente á las partes, ligando al proponente desde el comienzo del trato y dejando al aceptante posible en plena libertad de aceptar ó no la propuesta. La justicia se cumple en el sistema que nosotros defendemos, porque el proponente puede revocar la propuesta antes que tenga noticia de ella aquel á quien va dirigida, y el aceptante puede retirar la aceptación antes de que llegue á conocimiento del proponente. Llegada á noticia de éste la aceptación, las dos voluntades se han unido y compenetrado, el contrato está hecho, porque las dos voluntades se han encontrado y fundido, y no hay necesidad de comunicar que ha llegado la noticia al proponente, pues entonces sería cosa de encerrarse en un círculo perpetuo y de no acabar nunca. El principio de que el contrato está perfecto cuando el proponente conoce la aceptación, sufre algunas excepciones, que exige la razón y la misma naturaleza de las cosas. Ante todo, se comprende que dicho principio no se aplica por voluntad expresa ó presunta del proponente de aceptar la obligación antes de la respuesta. La teoría nos enseña que en las promesas ó contratos unilaterales hay que presumir tal voluntad. En los contratos reales, como el mutuo, el comodato, la prenda y el depósito, el envío de la cosa y el hecho de la recepción y tenencia de la misma, sin rechazarlas, implican la perfección del contrato, la cual no falta tampoco en algu-

nos contratos consensuales, como el mandato y la comisión, cuando el contratante á quien llega la propuesta cumple inmediatamente el contrato. El principio no se aplica en ciertas transacciones urgentes de la vida del comercio, por la misma fuerza de los usos. Tampoco creemos que los contratos verificados por medio del teléfono se realicen entre personas ausentes, porque los contratantes están en comunicación directa entre sí, á pesar de la distancia que les separa. La presencia de las partes no debe entenderse de un modo absoluto, de suerte que las mismas deban verse y estudiarse recíprocamente desde la cabeza á los pies; para que el contrato esté perfecto, basta que las voluntades se comuniquen directamente, aunque sirviéndose de aparatos transmisores de la palabra.

El error es la falsa idea que el contratante se forma por sí respecto del contrato; el dolo es el error que proviene de la malicia ó del engaño de otra persona. El dolo, según enseñan los antiguos, se diferencia sólo por la causa de que deriva, pero en el fondo es lo mismo que el error, en cuanto se reduce á una falsa idea. Si el error recae sobre la sustancia del objeto, ó sobre una cualidad accidental considerada como esencial por las partes, ó sobre la persona sin la cual el vínculo no se hubiera contraído, el contrato es nulo, por la conocida máxima romana: *Non videntur qui errant consentire*. El error sobre la cualidad accidental no anula el contrato, pero da lugar á la indemnización, bien porque el objeto querido existe realmente, bien porque nadie debe enriquecerse en perjuicio ajeno. El dolo empleado por un contratante, ó por un tercero con consentimiento de éste, si es tal que induce á contratar, constituye una causa de no validez, porque los engaños son una injusticia manifiesta, y sobre la injus-

ticia no pueden fundar su derecho los contratantes. El contratante víctima del engaño puede pedir la nulidad del contrato y el resarcimiento de los daños, no así el engañador; pues si así fuese uno y otro se hallarían colocados en la misma posición legal, con perjuicio evidente de aquella norma de proporción en que el derecho consiste. La violencia puede ser física y moral: la primera convierte en máquina á quien la sufre y excluye todo concurso de voluntades, puesto que domina de un modo absoluto el arbitrio de quien la emplea. La segunda puede llegar hasta el punto de privar del uso de la inteligencia y de la voluntad libre, incapacitando á la persona para prestar un consentimiento válido. Si el temor no es tal que priva de la inteligencia y de la voluntad libre, no puede afirmarse que falta el consentimiento; pero en este caso existe una injusticia por parte de quien desea adquirir un derecho, y, por tanto, la rescisión ó el cumplimiento deben quedar á elección del otro contratante. Por consiguiente, el temor debe ser serio, *non metus vani hominis*, y debe ser tal, que puede racionalmente inducir á cualquiera á contratar. El riguroso derecho romano no ofrecía remedio alguno para deshacer lo hecho por violencia; más tarde, la equidad pretoria concedió medios de defenderse, como la *exceptio quod metus causa*. Las leyes, por medio de acertadas disposiciones, deben mantenerse alejadas de ambos extremos, ó sea de favorecer el abuso de las influencias morales y de estimular la poquedad de ánimo.

Conviene desarrollar con alguna amplitud las ideas expuestas acerca del error, el dolo y la violencia. Hay algunos juristas alemanes, como Schlossmann, Bähr y otros, que fundan la validez del contrato únicamente en la exterior declaración de los contratantes, y nie-

gan que el error pueda anularlo; puesto que la voluntad declarada no se propone producir por sí un cambio jurídico, sino signos visibles y oibles, mediante los cuales surge en otros la persuasión de una voluntad encaminada á producir referido cambio. Windscheid, en una memoria inserta en el *Archivo de práctica civil,* combate á estos juristas y demuestra con poca dificultad que la declaración de las partes es su misma voluntad exteriorizada y sensible. Es verdaderamente extraño el suponer que las partes, al ponerse en relación, no hagan más que producir sonidos ó colocarse de manera que puedan percibir las vibraciones luminosas, en lugar de entenderse, de ponerse de acuerdo y de transmitirse derechos y obligaciones. Seguramente que deben moverse, hablar ó escribir; pero sus movimientos, sus palabras y sus gestos son medios, signos de su propio pensamiento y de su propia voluntad, mediante los cuales se comprenden y verifican la transmisión de los derechos. Bähr dice que el contratante que haya caído en error sabe que el otro tiene que atenerse á la declaración; y, por tanto, consiente en apariencia. Se preocupa de las razones de la buena fe y de los intereses del comercio hasta el punto de obligar á aquel á quien le haya sido sustraído un recibo á reconocer el pago hecho á un tercero por el deudor de buena fe. Añade que en ciertos casos (como el de la reserva mental) todos admiten la eficacia de las declaraciones no conformes con la voluntad; por tanto, no hay que maravillarse del principio de la nueva doctrina. Pero Bähr no ha considerado que el contratante que haya caído en error no ha creído hacer otra declaración sino la que tenía *in mente* y conforme á su verdadera voluntad; y sabe que el otro contratante debe atenerse á su supuesta declaración y no consentir

en la apariencia de que se habla. Además, las razones de la buena fe y los intereses del comercio no deben hacerse valer contra el derecho, el cual no reconoce la responsabilidad de la persona con cuyo nombre se ha falsificado el recibo ó la letra de cambio, para garantir exclusivamente al deudor de buena fe y el interés del tenedor. El principio racional según el cual el cesionario no puede tener mayores derechos que el cedente no se concilia con la doctrina que examinamos, á no ser que se quiera incurrir en contradicción. El cesionario de buena fe no tiene mayores derechos que el cedente que ha sustraído ó falsificado, es decir, no tiene derecho, y, por tanto, la apariencia no debe ser considerada como realidad. La reserva mental no produce efectos en derecho, por ser volición puramente interna y no exteriorizada; antes bien puede considerarse como ejemplo del *idem esse et non esse,* porque es imposible que la voluntad obre y no obre. La declaración es un acto de la voluntad, es la misma voluntad sensibilizada en una cierta forma, y no puede coexistir con la reserva mental, que representa la negación de este acto al mismo tiempo y bajo el mismo respecto. Los juristas franceses distinguen el error esencial en error que no deja existir el consentimiento, llamado error *obstativo,* y en error que lo vicia. Los jurisconsultos romanos adivinaron una diferencia lógica entre el *error in corpore*, consistente en tomar una cosa por otra, y el *error in substantia,* que recae sobre la materia del objeto del contrato. Tanto uno como otro error producen la nulidad del contrato, según la sentencia de Ulpiano: *Ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est... Inde quaeritur si ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit,*

ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento... nullam esse venditionem puto quotiens in materia erratur. Lo mismo en el uno que en el otro caso existe el *aliud pro alio*. Al *error in corpore* de los antiguos corresponde el error *obstativo*, y al *error in substantia* el error que vicia el consentimiento. Ante la filosofía del derecho, la distinción, que tiene su valor cognoscitivo ó lógico, no puede sostenerse, porque las dos especies de error vienen á reducirse al error esencial, al que recae sobre el contenido del contrato, sobre lo que las partes han querido y sin lo cual no habrían convenido, esto es, sobre la sustancia de la cosa, no considerada en sí y objetivamente, sino en cuanto es determinada por la voluntad de los contratantes. No puede caber duda en que tal error excluye el consentimiento, efecto de la conciencia y de la voluntad libre, y, por tanto, que anule el contrato. Y faltando el consentimiento, no puede ser otra la naturaleza del error esencial, sea excusable ó no: la no excusabilidad del error todo lo más que hace es dar á la otra parte el derecho de pretender la indemnización de daños. Se ha advertido que el dolo y el error difieren sólo por la causa de que proceden; pero en el fondo lo mismo uno que otro no vienen á ser otra cosa que una falsa idea. Para que exista el dolo, se necesita la falsa idea engendrada en la mente por la malicia ó el engaño de otro; en materia civil no se necesita más. Se prescinde de la intención del daño en el sujeto y del daño posible, porque el dolo produce las mismas consecuencias que el error, con el cual se confunde en último resultado. Tocante á la violencia, es de notar la inexactitud de la doctrina de Schliemann, el cual parte del concepto de que la violencia no llega hasta el acto volitivo, sino que arranca una declaración dis-

conforme con la voluntad interna. Para Schliemann, el consentimiento no existe en este caso y el contrato desaparece. Ahora, esta doctrina sería aplicable á las dos hipótesis de la *vis absoluta,* en la cual se convierte como en instrumento mecánico de quien usa la violencia, y de la *vis compulsiva,* que es capaz de suprimir momentáneamente la conciencia y de quitar la libertad: en estos casos sólo existe la apariencia externa del querer, pero faltan el querer y el consentimiento de hecho. Cuando el miedo no es tal que oscurezca la inteligencia y suprima absolutamente el querer normal del hombre, no puede decirse que falta el consentimiento; mas el contrato puede anularse, porque la libertad está cohibida en su ejercicio por la injusticia, la cual no es fuente de derechos para el autor de la misma. En esta hipótesis no se aplica el principio de la falta de consentimiento, sino el de la limitación injusta de la libertad ajena.

La posibilidad de prestar la cosa convenida es de tres especies: física, moral y jurídica, según también hemos indicado. Por respecto á la primera especie de posibilidad, conocido es el antiguo aforismo: *Ad imposibilia nemo tenetur*. El derecho contiene en sí la idea del bien, y, por consiguiente, debe aceptarse la sentencia del jurisconsulto: *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*. También en las fuentes se lee, á propósito de condiciones inadmisibles en un testamento: *Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est*. Todo contrato que tenga por objeto una acción inmoral ó la violación de un deber es nulo, porque el derecho, si no es toda la ética, es una parte de ella. La posibilidad jurídica presupone un derecho alienable en sí mismo y por

parte de quien dispone de él. No pueden enajenarse ni transferirse los derechos esenciales á la persona, porque forman una sola cosa con ésta, la cual es incomunicable y no constituye una propiedad en el verdadero sentido de la palabra. Además, según escribe Rosmini, para poder transmitir un derecho necesitamos romper los vínculos con los cuales la cosa estaba unida á nosotros; ahora, la persona no podrá nunca romper los vínculos de los propios derechos personales, á menos que no quiera destruirse y anularse. Lo propio debe decirse del ejercicio total de las facultades personales, ó del ejercicio perpetuo de alguna de ellas, porque en tal caso existiría una cesión de la personalidad. Solamente es susceptible de transmisión el ejercicio temporal de las potencias de la persona, solamente este ejercicio puede entrar en el patrimonio ajeno. En virtud del mismo principio resulta que no se puede prometer el derecho ajeno, si bien la razón jurídica consiente el compromiso de ofrecerse para obtener de un tercero la cosa ó la obra. El incumplimiento da lugar á la indemnización, que se debe siempre, no obstante la renuncia del tercero, cuando la promesa se ha hecho de un modo absoluto.

La causa es un requisito esencial para la validez del contrato y en general de la obligación, porque tanto uno como otra son efectos. No se contrae un vínculo jurídico, por virtud del cual se obliga uno á la prestación de una cosa ó de un acto, sin alguna razón, la cual es siempre el inmediato principio determinante, y como tal, no puede quedar fuera de las relaciones de derecho, aunque no se exprese en el contrato. En derecho la causa es la relación de las prestaciones. En los contratos de adquisición bilateral la causa es cada una de las prestaciones considerada con relación á la otra; en los de

beneficencia, la causa para un contratante está en la beneficencia misma, y para el otro en la prestación. Se ha dicho, y con razón, que la causa difiere del objeto en que en la causa la prestación se considera relativamente y en el objeto se mira en sí misma. La causa debe ser verdadera y lícita, porque las relaciones de derecho, por su propia índole, no pueden fundarse sobre lo inmoral. Ahora, este requisito sirve para mostrarnos si en el contrato ha habido ó no dolo; y no puede considerarse con Rosmini como un obstáculo al comercio de los ciudadanos probos, porque éstos obran por motivos honrados y no deben tener gran repugnancia en decirlos cuando sea preciso. Entre los dos males, de no castigar la maldad dolosa, y de mortificar un tanto la susceptibilidad de algunas personas honradas en condiciones especialísimas, la ley no debe dudar, tanto más cuanto que la costumbre hará cesar la mortificación. Pero aun el mal menor puede evitarse, como en efecto se evita cuando la ley establece la máxima de que la causa se presume, y, por tanto, no hay precisión de manifestarla. Verdaderamente, en los países en que los códigos exigen tal requisito, como en Francia y en Italia, no se habla de reformas en esta materia y no se siente la menor necesidad de admitir el concepto del legislador austriaco, el cual dispone lo opuesto.

Para seguir hablando todavía de las generalidades relativas á los contratos, debemos indicar las reglas de su interpretación y su división fundamental. Interpretar el contrato significa comprender la voluntad de las partes. Ahora, la primera regla, lo mismo que las demás, deriva de la sabiduría de los jurisconsultos romanos, los lógicos y los geómetras del derecho. *In conventionibus contrahentium voluntatem, potius quam*

verba spectari placuit. Si la intención de los contratantes no resulta clara por sí misma, preciso es dar al contrato el significado que resulte del sentido de las palabras, entendidas en la relación que guarden unas con otras. Cuando del sentido de las palabras no resulte la voluntad común, que es ley para las partes, hay que recurrir al contexto. *Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua ejus particula proposita, judicare vel respondere.* Si nada resulta tampoco del contexto, debe mirarse al fin que se proponen los contratantes. *Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatur non docetur.* Si el mismo fin resulta oscuro, vale la siguiente regla: *Semper in stipulationibus, et in caeteris contractibus, id sequimur quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id quod minimum est, redigenda summa est.* Tolomei añade con razón esta otra regla: Si por los medios indicados no puede llegarse á conocer la voluntad cierta de los contratantes, hay que dar á las palabras aquel sentido mediante el cual el contrato produzca algún efecto racional. *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi quo res, qua de agitur, in tuto sit.*

La división más filosófica de los contratos es la de Kant, á quien han seguido muchos otros escritores, entre los que se distinguen Hegel y Ahrens. Dicha división se funda sobre el contenido mismo de los contratos y se desenvuelve con un *principium divisionis* que no es extraño y arbitrario, como el que generalmente eligen los legistas. Todo contrato, dice el autor, tiene por objeto, ó una adquisición unilateral (contrato á título gratuito), ó una adquisición bilateral (contrato á título oneroso), ó sólo una garantía. El contrato á

título gratuito es depósito ó custodia de un bien confiado, es comodato ó préstamo de uso, es donación. El contrato oneroso comprende la permuta y la locación; la permuta, en su sentido más general, se distingue en permuta propiamente dicha, compra-venta y mutuo ó préstamo de cosas fungibles. La locación comprende la locación de cosas y el mandato, el cual implica la sustitución en el lugar y en el nombre de otro y para otro. Si el mandato se realiza con sustitución en el lugar y no en el nombre, se verifica la gestión de negocios, que al par de la locación es un contrato oneroso. Por fin, el contrato de garantía tiene tres formas: la prenda, la fideyusión y la prestación de fianza. La clasificación kantiana, si bien tiene valor especulativo, es deficiente, porque no comprende varios contratos importantes, como, por ejemplo, la sociedad y la transacción, y es también errónea en aquella parte en que parece que confunde la locación con el mandato y el mandato con la gestión de negocios.

Menos incompleta, pero igualmente dialéctica en la sustancia, es la división de Trendelenburg, el cual no considera los contratos de garantía como una tercera especie, por cuanto por su propia naturaleza se añaden, ora á los contratos gratuitos, ora á los onerosos. Según este filósofo, los contratos son, por lo que hace á la forma, verbales, literales y reales. La forma más simple se halla en el acuerdo expresado con palabras que pueden convertirse en fórmulas precisas y solemnes, ó símbolos. Los contratos literales son escritos y pueden adquirir mayor fuerza mediante legalización judicial. En los contratos reales el acuerdo se revela mediante prestaciones y consignación. El contrato tácito presupone siempre una manifestación, por exigua que sea, del acuerdo con la palabra ó con

el hecho, y pertenece, por lo tanto, á una de las categorías referidas. Por el contenido, prosigue Trendelenburg, los contratos tienden á proporcionar un aumento de fuerza y á suprimir una incertidumbre de derechos. Los primeros tienen principalmente por fin una donación, ó un cambio, ó una sociedad, y constituyen una serie continua y progresiva, elevándose las relaciones de una prestación unilateral á una prestación bilateral, y de ésta á una comunión de cosas para todo un negocio con intentos de lucro. Los contratos de donación son unilaterales y beneficiarios, porque sólo obligan á una de las partes. Son ó donaciones de propiedad, de utilidades y de derechos, constituyendo las donaciones propiamente dichas, ó donaciones del uso de una cosa, llamadas comodato, ó donaciones de servicios gratuitos, como el depósito y el mandato. Los contratos de cambio ó de permuta son bilaterales y onerosos, porque obligan á ambas partes y admiten la entrega recíproca. Como especies principales de los contratos de permuta se pueden enumerar la permuta, cambio de mercancías por mercancías, la compraventa ó cambio de bienes por dinero, la locación de cosas ó de obras (uso de la propiedad y de las fuerzas tanto corporales como espirituales mediante el mismo medio representativo de todos los valores) y el mutuo (uso del dinero cambiado por dinero). Entre los contratos bilaterales deben colocarse por regla general los contratos aleatorios, porque las partes se imponen obligaciones recíprocas con determinadas condiciones. El contrato de sociedad, no limitado á particulares prestaciones y contraprestaciones, es de naturaleza más general, en cuanto mira á un fin común que debe conseguirse con prestaciones también comunes. Este contrato admite gradaciones, porque el vínculo puede no dar lugar á

entidades distintas de las personas de los socios, y puede, por el contrario, originar tales entidades. La transacción define derechos inciertos mediante renuncias y concesiones recíprocas entre las partes, y representa una separación, no un aumento voluntario de fuerzas, por lo que interrumpe la serie continua y progresiva de que se ha hablado.

En la clasificación expuesta se comprenden las principales especies de contratos. Es verdad que no están incluidos en ella la enfiteusis y la constitución de renta; pero no puede negarse que estos dos contratos son bilaterales y se reducen fácilmente al concepto del cambio ó de la permuta en sentido lato. La enfiteusis es el cambio perpetuo ó temporal de un fundo, con la obligación de mejorarlo y de entregar una determinada prestación anual en dinero ó en especies. El contrato de constitución de renta es el cambio de un inmueble ó la entrega de un capital, que el cedente se obliga á no repetir nunca, por una renta ó prestación anual en dinero ó en especies. Todos los contratos bilaterales, que se proponen cualquiera forma de cambio, sin tener un nombre propio y que se resuelven en el *do ut des,* en el *do ut facias,* en el *facio ut des,* ó en el *facio ut facias,* pueden formar parte de la clasificación de Trendelenburg, como de cualquiera otra. Es verdad también que Trendelenburg no enumera los contratos de garantía, pero habla de prenda y de caución. No es difícil, en efecto, añadir que tales contratos se reducen á la fideyusión, á la prenda y á la hipoteca. Si se compara la división de Trendelenburg con la de Kant, parece que la del primero tiene un valor dialéctico inferior. El mismo Trendelenburg confiesa que en la serie principal de los contratos que buscan un aumento de fuerzas hay un progreso desde la

prestación unilateral á la bilateral y desde ésta á la voluntad común de la sociedad: progreso que se interrumpe con la transacción, que representa una separación de fuerzas. Mas, reflexionando sobre los términos de la división de Trendelenburg, debe observarse que la transacción separa en el sentido de definir derechos inciertos; pero al proceder á la definición, aumenta las fuerzas. Derechos confusos, inciertos y no limitados son fuerzas aparentes, no efectivas; la verdadera fuerza comienza con la limitación, con la distinción, con la certeza. La transacción elimina los obstáculos, evita ó termina juicios, determina los derechos ó los poderes adquiridos de la persona, la cual por lo mismo se siente más libre, más dueña de sí, y experimenta una satisfacción, un placer. Sabido es que el sentimiento del placer se genera del aumento de las fuerzas, y que el del fastidio y del dolor proviene de la escasez de las mismas. La transacción es sin duda una especie de contrato bilateral, en cuanto supone el equivalente ó el cambio, y como tal, debe ser colocada antes que la sociedad y después que los contratos unilaterales. De esta manera, la serie de los contratos principales resulta verdaderamente progresiva y no sufre la menor interrupción. Todos los contratos, pues, considerados por respecto al contenido, buscan un aumento de fuerzas, conforme á su origen racional. Además no debe olvidarse que los mismos se conexionan con el impulso á la autarquía. Enmendada de esta manera la clasificación de Trendelenburg, nos parece completa y filosófica.

Ahora vamos á examinar la índole de algunos contratos especiales que en nuestros días son objeto de no pocas ni fáciles indagaciones y discusiones en la esfera económico-jurídica.

CAPÍTULO XIV

La libertad de contratar y el contrato de trabajo.

El contrato es la expresión más pura y genuina del *jus voluntarium* y de la libertad de la persona individual. Si el individuo es libre, si puede disponer de las cosas que le corresponden en la forma que crea más conveniente, lógico es inferir que tiene perfecto derecho á ponerse en relación con sus semejantes para la prestación de cosas y de servicios útiles. La ley debe respetar la libertad de los contratantes en tanto que no se transforme en arbitrio y se oponga á los principios de razón, de moralidad, de justicia, y á los verdaderos intereses de la sociedad, de que los individuos son miembros. Como se ve, también el concepto de la libertad de contratar, consecuencia de la propiedad y de la libertad del hombre, está limitado por otros conceptos de orden superior, recabados de la misma naturaleza humana, que tiende al bien, y de las exigencias del gran todo ético, representado por la vida social. No es sólo el derecho contractual el que se halla limitado por semejantes razones, sino también el derecho de propiedad, el de familia y el de sucesión. El que debe subordinarse es el derecho privado, por lo cual el derecho privado no es ni puede ser enteramen-

te *jus voluntarium*. Ciertamente, la voluntad individual domina más en el derecho privado que en el público, y en el mismo derecho privado, domina más en la propiedad y en los contratos que en la familia. Sin embargo, nadie ha pretendido seriamente que en la esfera de los contratos no deben reconocerse limitaciones de orden superior. Con el progreso de los tiempos, la libertad de los particulares se desarrolla, se amplía, se posesiona de todo el campo que le pertenece, se coloca en el lugar que ocupa ilegítimamente la coacción; pero al propio tiempo se eleva comprendiendo cada vez más deberes y adquiere una significación más real y concreta, en cuanto requiere condiciones efectivas para su existencia y desplegamiento. De esta suerte se ensanchan los límites racionales de la libertad, mientras que la misma se extiende y se fortalece, dejando de ser un nombre y convirtiéndose en una realidad. No quiere esto decir que cambie de naturaleza; antes bien se muestra en su verdadero aspecto cuando la ley le ofrece las condiciones y las garantías efectivas de desarrollo. Los nuevos tiempos reclaman, no una libertad abstracta y nominal, sino una libertad concreta y real. Al establecer la ley estas condiciones y garantías, no se refiere á cuestiones de organización, esto es, á la actuación de un fin general mediante el todo, sino que más bien provee, dentro de los límites de su competencia, á la propia reforzadura de la libertad. La reforzadura no se debe entender sólo como meta ó como efecto del acuerdo de las voluntades, sino que también debe considerarse como garantía de la libertad de una parte respecto á la libertad de la otra parte en los contratos.

Una reforma del derecho contractual positivo moderno no tiene justificación sino por estos dos motivos,

ó sea en nombre de la creciente conexión de relaciones, que tiene lugar en razón directa de la creciente especificación ó individuación, y en virtud de las condiciones reales de la libertad. La misión social de todo el derecho privado, de que hoy habla Gierke, no es posible sino con arreglo á estos dos conceptos generalizados, puesto que el derecho privado se informa en el principio de la libertad de los particulares, contrapesado siempre por motivos de orden superior. Si falta este principio y se pone en su lugar la voluntad colectiva como *jus cogens,* desaparece la serie de relaciones con las que los individuos quieren conseguir fines particulares empleando los medios elegidos por ellos mismos. El socialismo en el derecho privado es la destrucción de esta rama del derecho, puesto que no hay derecho privado allí donde la personalidad individual no se mueve libremente. Ni puede tampoco existir un derecho privado que se proponga elevar á las clases desposeídas contra el poder desmesurado de la burguesía, como parece que lo conciben Menger en Alemania y Salvioli en Italia. Introducido en un código esta especie de derecho, concluiría por ser un derecho de clase, esencialmente privilegiado; no consistiría en una razón desprovista de efectos, y se convertiría en injusticia, en un no derecho. *Cuique suum* es la enseña de la justicia; por lo cual no es posible admitir un código civil para las clases menesterosas, mucho menos cuando se proclama la igualdad de todos los ciudadanos en el derecho público. No es conforme á la verdad el suponer que los menesterosos, declarados capaces para participar en la vida pública, se conviertan en un momento en hombres inexpertos, en criaturas inocentes y en víctimas seguras de la codicia de los ricos en casi todas las relaciones

de la vida civil. Un código semejante tiende á sacrificar la libertad á la igualdad material de los hombres. Ahora, no hay que confundir dos conceptos muy distintos, como son el de las condiciones efectivas de la libertad y el de la igualdad material de los bienes. La ley debe colocar á la persona individual en situación de poder ejercitar realmente y de un modo útil su libertad, sin darle lo que no puede atribuírsele, porque pertenece á otros, porque es el producto de la actividad ajena.

La libertad contractual no ha sido considerada nunca como un principio absoluto aun en los códigos que se llaman puramente individualistas, los cuales la han limitado siempre por motivos de moralidad, de orden público y de equidad social. En razones de equidad se fundan la acción de rescisión por causa de lesión, la nulidad del pacto de readquisición pasados cinco años después de la venta y la del pacto comisorio en la prenda y en la anticresis. Por análogas razones se justifican las prohibiciones relativas á algunos pactos tocantes al comodato, por virtud de los cuales el comodatario habría podido obligarse, si la ley no lo hubiese prohibido, á soportar más de la mitad de la pérdida del ganado acaecida por caso fortuito y sin culpa suya, ó á tener en la pérdida una parte mayor que en la ganancia, y el comodante habría podido tener al finalizar el comodato algo más que ganado entregado. Las prohibiciones de la ley tienden en todos estos casos á garantir la libertad misma contra los peligros que la amenazan en ciertas condiciones de la vida. El mismo fin tendría la prohibición de la cláusula por la cual los labriegos renuncian en las locaciones á los casos fortuitos previstos é imprevistos, quedando obligados á pagar el precio del arrendamiento, aunque no

saquen nada del fundo, y la nulidad de la renuncia á la indemnización por mejoras hechas por el colono, aun en el caso en que por falta de cumplimiento de sus obligaciones tenga que dejar el fundo antes de haber obtenido provecho de las mejoras. Gianturco, en su escrito *El Individualismo y el socialismo en el derecho contractual*, demuestra que si las dos prohibiciones estuvieran sancionadas por el código, no tendrían realmente un motivo distinto que el que tienen las ya admitidas y que hemos indicado.

Todo el mundo está conforme en reconocer las lagunas de los códigos por lo que se refiere á la locación de obra. Este contrato, tan importante y que ha sido y es objeto de tantas críticas, se halla todavía regulado por pocas reglas que provienen en parte del derecho romano, el cual no puede aplicarse á relaciones nuevas y propias de los tiempos modernos. Seguramente, los contratantes de la locación de obra, ó mejor del contrato de trabajo, no se encuentran en un estado de igualdad, puesto que por un lado está el empresario que tiene capital y puede aminorar ó suspender la producción, y por otro está el obrero, el cual como vendedor del trabajo no se puede separar de su mercancía, no puede disminuir la oferta en caso de crisis, no puede esperar y tiene que transigir, recibiendo una merced que lo asegura contra las pérdidas, pero no le da participación en las ganancias. El uno se halla á veces hastiado en la abundancia y el otro lucha á menudo por evitar la miseria. Aun suponiendo que el salario sea relativamente alto, que sirva para mantener un cierto grado de bienestar, el empresario es siempre el más fuerte. De aquí la necesidad de igualar, en cuanto sea posible, la condición de las partes en el contrato de trabajo, no atribuyendo al

obrero lo que no le corresponde, no conculcando los derechos del capital y de quien reune y dirige los elementos de la producción, no estableciendo por decretos de la autoridad pública la razón de los salarios, sino garantizando la libertad del obrero prestándole medios para que la despliegue realmente. Entre tales medios conviene notar, por ejemplo, la prohibición del pago del salario en especie, ó sea el sistema del *truck,* por virtud del cual se merma la merced del obrero, y la fijación de reglas y de deberes recíprocos entre éste y el empresario para el caso de incumplimiento del contrato por alguna de las partes. Si se arrienda una casa ó un fundo sin hacer indicación de tiempo, los códigos establecen la duración de la locación, presumiendo la voluntad de las partes; pero, por el contrario, si se arrienda la obra de miles de obreros sin hacer la indicación referida, los códigos se callan y permiten que aquellos sean despedidos *ad libitum.* Otro medio es la limitación de las multas que los empresarios pueden imponer, y la prescripción del empleo de las mismas. Las leyes sobre el trabajo de los niños y de las mujeres, sobre el descanso dominical, sobre los infortunios del trabajo, sobre los seguros obreros, y los reglamentos industriales tocan á la locación de obra, influyen directamente sobre el trabajo y representan una serie de limitaciones fundadas en la equidad.

Por razones también de equidad debe asimismo ampliarse el principio de la responsabilidad del empresario, el cual sólo responde hoy de la culpa propia en los casos de infortunios del trabajo. Al obrero, sujeto de la acción, es á quien corresponde, según la vigente ley, demostrar la culpa del empresario. Esta ampliación exige que al empresario se le obligue, al menos

en cierta medida, á la indemnización de los daños provenientes al obrero de hechos fortuitos y que constituyen realmente los riesgos profesionales de la industria. El empresario es el jefe de la industria, y como tal, obtiene de ella todas las ganancias, todas las ventajas, mientras que el obrero trabaja en provecho del patrono y recibe una merced fija. Justo es, por tanto, que el primero soporte las consecuencias de eventos dañosos que son inseparables del ejercicio de un ramo de la producción, ya que él es quien se guarda las ganancias. Nadie debe enriquecerse en perjuicio de los demás que trabajan por cuenta del que se enriquece. Conocida es la máxima: *Qui habet commoda, ferre debet onera.* Tales eventos fortuitos se distinguen de los casos de fuerza mayor, porque son inherentes á la industria; los casos de fuerza mayor son extraños al ambiente de la empresa y traspasan visiblemente la previsión relativa al curso ordinario de algunos hechos. Bien se comprende que para estos casos, que no tienen relación con la producción, no puede establecerse responsabilidad alguna del empresario, ya se le considere como autor de daños, ya como jefe de la empresa. Y es igualmente evidente que no debe responder de la culpa grave del obrero, el cual se ha colocado voluntariamente en situación de experimentar el daño, daño que puede recaer también sobre otras personas y sobre el capital. No hay duda de que semejante ampliación de responsabilidad debe formar objeto de derecho obligatorio, respecto del cual no sea posible un pacto en contrario, pues en otro caso la equidad sería letra muerta. Semejante sistema no requiere verdadera inversión de prueba, porque es natural que el empresario que alega la culpa grave del obrero y la fuerza mayor esté obligado á probarlas.

Hay un sistema que pretende poner en práctica el principio de equidad con la simple inversión de la prueba, sin tocar á ley vigente, que obliga al empresario al resarcimiento de los daños del infortunio sólo cuando se demuestra que ha tenido culpa. Con la inversión de la prueba esta culpa se presume, y el empresario es quien ha de demostrar que no ha incurrido en ella. De esta manera se establece una derogación del derecho común, el cual sienta la máxima de que quien afirma es el que debe probar, y que el actor prueba su acción lo mismo que el demandado prueba su excepción. La derogación no es justa, porque al empresario no le es fácil la prueba y porque el obrero en la producción se halla en el estado de continua actividad. Fusinato, en su monografía *Los Infortunios del trabajo,* observa que no es cosa conforme con la realidad el sentar la presunción de culpa del empresario, puesto que la estadística demuestra que la mayor parte de los infortunios del trabajo depende de hechos casuales ó de hechos cuyas causas no es posible fijar. El estado de las localidades y del material se modifica por la misma fuerza que produce el daño, y resulta indeterminable. Las personas que podrían testimoniar acerca de la culpa han muerto á veces, ó se hallan en situación de no poder prestar el testimonio, si es que ellas mismas no son parte en el proceso. En estas circunstancias, el empresario no puede alegar pruebas, como tampoco puede presentarlas el obrero herido, alejado del taller durante días y meses, sin ayuda, privado de medios y abandonado por sus compañeros á causa del temor. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no es justo presumir culpable al patrono cuando el obrero participa con su actividad en la producción; por lo cual no puede en manera alguna com-

pararse con el viajero que se sienta en los coches de un ferrocarril ó de un tranvía, viajero que se encuentra en una situación pasiva. En el fondo, el sistema de la inversión de la prueba modifica la ley vigente, echando sobre el empresario, no sólo los daños provenientes de la culpa propia, sino también los que obedecen á causas desconocidas.

Además del sistema de la inversión de la prueba, hay otro, que funda la responsabilidad del patrono en casos de infortunio en el contrato mismo de trabajo, por virtud del cual dicho patrono está obligado á tomar todas las medidas convenientes para garantir la vida y la salud del obrero. Este contrato engendra relaciones de dependencia y de subordinación por parte del obrero, á los cuales corresponden deberes de garantía y de protección por parte del patrono. Los mantenedores de este sistema dicen que no es la culpa lo que engendra la responsabilidad, sino el pacto. En caso de infortunio, el obrero sólo debe exhibir el contrato; al patrono es á quien toca probar que no ha tenido culpa alguna en el daño producido. Ahora, debe observarse, que aun admitiendo la idea fundamental de este sistema, el patrono se ha obligado mediante el contrato á ordenar y á llevar á la práctica las medidas oportunas para garantizar la vida y la integridad del obrero, y nada más que á esto. Si semejantes medidas han sido ordenadas y puestas en práctica, y sin embargo de esto el infortunio ha tenido lugar, el patrono no es responsable y no debe indemnizar el daño, que depende de causas desconocidas. De la naturaleza contractual de la obligación del patrono no resulta la inversión de la prueba, porque el contrato no es de locación de persona, sino de locación de obra del hombre, el cual no puede equipararse á una máquina, que dada

en arrendamiento, puede ser restituida, después de usarla, en toda su integridad ó mediante una compensación por el desgaste que haya experimentado. Aquí no hay obligación ni demanda de restituir la persona del obrero, sino que lo que se pide es el resarcimiento, y al actor le corresponde probar el fundamento de su demanda. En la locación de cosas, en el transporte, en el comodato, el actor pide la cosa apoyándose en el contrato y el demandado prueba el evento que lo libra de responsabilidad; mientras que en el contrato de trabajo, en caso de infortunio no se pide la persona.

Aceptando el principio en que se informa el sistema de la responsabilidad ampliada por motivos de equidad, no hay motivo serio para rechazar la proposición del seguro obligatorio de los obreros en los casos de infortunio por parte del empresario, que hace suyas todas las ganancias de la industria, por lo que debe estar también á las consecuencias de los eventos fortuitos ó riesgos profesionales. La ley tiene el poder de obligar á los industriales á asegurar, para estos casos, el pago de una cierta indemnización al obrero que es víctima de un infortunio que le produce la muerte ó lesiones personales, por efecto de causas violentas, con ocasión del trabajo. Si el infortunio ocurre por dolo ó culpa grave del industrial, al obrero no le corresponde tan sólo la indemnización asegurada, sino también la suma necesaria para completar el resarcimiento del daño, según lo que dispone el derecho común. Claro está que no se debe al obrero indemnización alguna por dolo ó culpa grave del mismo, ó por fuerza mayor. Por medio del seguro, los riesgos se reparten entre una gran masa de industriales, y cuando tiene lugar el infortunio, los patronos no se ven obligados á desembolsar grandes cantidades ni á entrar en con-

tiendas con los obreros. El sistema de la responsabilidad es el estado de guerra entre los obreros y los jefes de industria; el sistema del seguro es el régimen de la paz. El seguro obligatorio implica un nuevo elemento del costo de producción, que produce un aumento de precio de los objetos que pagan los consumidores, ó quizá recae sobre los mismos productores. En este punto no hay que hacerse ilusiones; y por eso es por lo que la ley, al determinar la medida de la indemnización que los empresarios deben pagar para el seguro, debe tener muy en cuenta las condiciones reales de la producción y de las industrias del país. Ante todo hay que examinar si la obligación se puede imponer, y dentro de qué límites, dada una particular situación de las industrias. Por lo demás, no está muy fundado el temor de que el seguro obligatorio estimule la negligencia de los jefes de industria en adoptar medidas y precauciones para el ejercicio del trabajo, porque las compañías y los institutos de seguros no se avienen fácilmente á pagar las indemnizaciones, antes bien sólo las desembolsan cuando no cabe la menor duda de que no ha habido negligencia por parte del patrono en el caso del infortunio, como nota Ferraris, en su informe sobre este punto.

La ley no debe limitarse á la reparación del daño, sino que debe también prevenir, fijando algunas normas generales, á que luego han de ajustarse los reglamentos especiales que imponen las precauciones necesarias para proteger la vida y la salud de los obreros é impedir los infortunios. La misión de la ley es, por consiguiente, doble: asegurar una reparación ó un auxilio cuando el daño haya tenido lugar, y prevenir los infortunios.

CAPÍTULO XV

El préstamo usurario.

El interés es un rédito que se obtiene prestando á otros el propio capital; ha sido objeto de censuras y de desprecio por causas históricas y por prejuicios morales, filosóficos y religiosos. El rigor de las Doce Tablas, que encuentra una cierta analogía en la leyenda del mercader de Venecia, no ha sido la razón que menos ha influido en el descrédito y en el odio del interés. Los mutuos hechos á los ricos para fines de lujo y de derroche, y los hechos á los pobres para obtener lucro, máxime en tiempos de devastación barbárica; como también los preceptos de caridad del Pentateuco y del Evangelio, que prescriben el socorro á la miseria y prohiben el interés, habían ejercido mucha influencia en el ánimo de las muchedumbres y de los legisladores. A los impulsos del sentimiento, á la voz del amor del hermano y del prójimo se añadió la autoridad de la ciencia, representada por el célebre razonamiento de Aristóteles sobre la improductividad natural del trabajo, razonamiento acogido por los jurisconsultos, los cuales vieron que *usurae vicem fru-*

ctum pertinent, pero concluyeron por afirmar que *usura fructu non est*, porque no deriva *ex ipso corpore*, ó sea de la misma moneda.

Las necesidades de la vida, el aumento de los cambios, la mayor amplitud del comercio y el tránsito gradual de la economía en especies á la economía en dinero, hicieron reconocer como legítimos excepcionalmente los intereses de los Montes de Piedad, los de la renta constituida y de los préstamos hechos al Estado, y los provenientes de mutuos entre comerciantes para fines de negocio. Ya se había introducido una especie de justificación del interés, no por sí mismo, sino como compensación por el no uso del capital, mediante los conceptos del *damnum emergens* y del *lucrum cessans*, por lo que no se miraban con malos ojos los intereses moratorios. Los mismos soberanos habían vendido á buen precio á los hebreos y á los lombardos el monopolio de prestar dinero á un interés alto en sus Estados, hallándose prontos á confiscar los bienes de aquellos en todo tumulto contra los usureros, con lo que se procuraban una doble ganancia.

Por fin, la excepción se convirtió en regla, y el interés fué admitido en una época en que no se hacía el préstamo para conservar ó consumir el dinero; sino para emplearlo como capital. Se distingue el interés del fruto: el primero depende del valor que el dinero tiene como mercancía, esto es, de los gastos de producción de la moneda; el segundo se refiere al uso del mismo en cuanto capital. La distinción nos muestra que la razón del interés no proviene únicamente de la abundancia ó de la penuria del capital. El descubrimiento de una mina puede, v. gr., disminuir el precio de la moneda, y, sin embargo, el interés del dinero puede aumentar por insuficiencia del capital. En este tiempo

el concepto de la productividad física se halla separado del de la fecundidad económica, y, por tanto, se reconoce que el dinero, aun cuando sea físicamente improductivo, es económicamente fecundo. El interés ó fruto civil se justifica con indiscutibles principios de razón económico-jurídica, por cuanto es la compensación que se da por el uso del capital ajeno, y á menudo es también precio del riesgo. La devolución del capital es la consecuencia directa del respeto que se debe á la propiedad individual; sobre esto no puede caber duda alguna.

Pero si en tal época, demasiado próxima á la nuestra, se admite el interés, la usura se prohibe: en otros términos, se prohibe el interés alto, y, por consiguiente, el interés que se admite es limitado. La ley limitadora, inspirada en el espíritu de caridad, viene á producir efectos contrarios á los que persigue, porque empeora y agrava la condición de las numerosas é infelices clases de deudores; y representa tiempos de no fáciles comunicaciones entre los hombres y de grandes discrepancias legislativas en los pueblos civiles. Cuando el interés es limitado, el mismo capital sufre un límite, que no debería sufrir, se le impide el libre vuelo y no tiene el dominio de sí propio, dominio que es tan característico en nuestros días, en los que, por virtud del crédito, el capital llega casi siempre á separarse de la persona propietaria del mismo. Luego que en los tiempos modernos han aumentado las comunicaciones, han disminuido los antagonismos egoístas entre las naciones, se ha desarrollado grandemente la industria y ha crecido la cantidad y la movilidad de los capitales, no ha sido posible mantener las leyes restrictivas, y por eso han sido derogadas en la mayor parte de los pueblos civilizados. Aparece un nuevo principio afir-

mándose ampliamente, y apenas comienza á desplegarse cuando ya se halla en disposición de relegar entre los sofismas el concepto de la limitación del interés. El verdadero y completo dominio se pone en acto con la libertad de cambio y del comercio: el dinero es una mercancía como otra cualquiera, y no debe hallarse sometido á leyes que fijen el *maximum*. Los juristas de la antigua escuela defienden el pretendido derecho de limitación por parte del Estado, sosteniendo que la mercancía moneda constituye una propiedad enteramente especial, en cuanto es el precio de las cosas y de los servicios, es medio de adquisición y de liberación de las deudas. Si el Estado, dicen, es el que establece el común denominador de los valores y confiere la cualidad legal de medio de adquisición y de liberación al dinero, puede también restringir el derecho de uso de éste, sin por eso impedir que la materia de que se forma la moneda se compre con arreglo á las condiciones determinadas por la oferta y la demanda. Estos tales no comprenden bien la naturaleza de la moneda ni la función monetaria del Estado, y no establecen diferencia entre creación y garantización. El Estado no crea mediante la acuñación el valor de la moneda, que es intrínseco y preexistente, sino que sólo garantiza su bondad y peso, por cuanto se trata de reconocer una mercancía como medida universal de los cambios. La acuñación no podría abandonarse á la concurrencia privada, porque siempre se realizaría la ley de Gresham, según la que la moneda mala excluye continuamente á la buena y ocupa el lugar de ésta. Tales son los únicos motivos de la ley en semejante materia; no existe ninguna virtud creadora del Estado, y, por tanto, el razonamiento de referidos juristas no tiene consistencia. Ni parece que es posible fijar *a priori* el

maximum del interés, por cuanto el fruto del siniestro es por su propia esencia mutabilísimo, en cuanto está siguiendo á cada instante las vicisitudes de no pocos hechos entre los cuales deben notarse la duración del préstamo, el lucro cesante, la cualidad y cuantía del riesgo.

Derogadas las leyes restrictivas en algunos Estados modernos, la usura ha quedado muy á menudo libre y no castigada por los códigos. La usura se va extendiendo cada vez más y haciéndose más y más dura, aun habiendo sido una plaga terrible de todos los tiempos y lugares. Su mayor extensión y su corrupción más profunda se producen mediante la evolución á que se halla sometida la vida económica. Evolución quiere decir aquí creciente cantidad de bienes permutables, progresiva ampliación del crédito, enorme aumento de necesidades y gran desarrollo de la inteligencia. La evolución se confunde con la civilización moderna, la cual, si se muestra bajo los aspectos económicos que se acaban de indicar, no sobresale en general por su gran progreso de moralidad. Es un hecho que la inteligencia avanza fácilmente, mientras que el ánimo se conserva lo mismo y varía con lentitud. En pocas palabras: cuanto más formas comprende la vida económica, cuanto más se complica, cuanto más provoca indefinidas necesidades y deseos, y cuanto más se desarrolla conexionando y complicando unas relaciones con otras, tanto más se extiende la usura, puesto que adquiere nuevas ocasiones, nueva materia y diferente esfera, y al mismo tiempo se hace más astuta y más cauta. Ahora, la opinión pública que siempre y en todas partes ha reclamado una defensa contra la usura, está vivamente preocupada con la contradicción entre los dos hechos antes indicados, ó sea entre el he-

cho de la impunidad de la usura y el del gran progreso que va adquiriendo tan espantosa plága.

¿Es real la contradicción tan comúnmente deplorada? La usura, además de ser inmoral, ¿ofende al derecho? En este punto se debe recordar que la materia del derecho es eudemonológica y en gran parte económica. Ahora, la razón económica nos dice que el capital prestado debe producir una renta. Si el deudor no emplease el capital prestado y no pudiera obtener del no empleo del mismo los intereses y el principal, se arruinaría. Quiérase ó no se quiera, la deuda constituye siempre una dependencia del deudor con respecto al acreedor; pero puede perfectamente suministrar el medio para la liberación y las condiciones para el progreso mismo de los bienes del primero, siempre que sea bastante avisado para obtener una ganancia por medio del empleo del valor prestado. Es evidente que el préstamo sólo produce tan benéfico resultado cuando es efectivo y no efímero. Ante el derecho racional no hay deuda sin préstamo correspondiente, á menos que se quieran llamar deudas algunas obligaciones de indemnización provenientes de la ley. De este principio traen su origen algunas *actiones* ó *condictiones,* como la *condictio sine causa,* la *causa data, causa non secuta,* la *actio de in rem verso,* la *exceptio non numeratae pecuniae* y la *laesio enormis.* Todas estas acciones suponen la falta del equivalente ó del préstamo, ó su no proporcionalidad. El derecho debe fundarse siempre sobre la naturaleza de las cosas y sobre la realidad de las relaciones económicas; y si no se funda sobre esto, no es el derecho, sino su opuesto, esto es, el extravío, lo torcido. Ni se puede decir que este concepto del derecho sea ajeno á la racionalidad que debe constituir su esencia, porque la naturaleza de las cosas y la rea-

lidad de las relaciones es precisamente el contenido de la *recta ratio*.

La usura es acto aislado, ó hábito de aprovecharse con premeditación de la ligereza de espíritu, de la inexperiencia, de la necesidad y de la situación angustiosa del deudor, haciendo cada vez más breves y apremiantes los términos de vencimiento, según que disminuye la facultad económica del deudor mismo, y elevando á un gran préstamo lo que era una pequeña ó mediana obligación de dinero. El acreedor usurario pacta el interés crecido, y al vencimiento, sin desembolsar nada, sabe aumentar el capital; gana una renta por el trabajo del deudor, el cual no puede ya emanciparse de esta servidumbre, creada en nombre de la libertad, como nota perfectamente Stein, en su libro *La Usura y su derecho*. El acreedor recibe con los altos intereses más del capital prestado, y queda siendo siempre acreedor: de cien pesetas dadas á mutuo en tiempo oportuno obtiene veinte por intereses anuales y quizá mil de capital después de tres ó cuatro años. Esta es la usura de renta, y no otra cosa; pero hay también la usura de capital, porque el usurero no deja de hacer sus cálculos sobre los bienes muebles, sobre los capitales del deudor y sobre sus amistades y afecciones, las cuales, en los momentos de coacción, pueden convertirse en valores. El usurero, después de haber recibido con los intereses, cada vez más altos y escandalosos, dos ó tres veces el capital, se lo hace dar otra vez con el dinero de los verdaderos acreedores, de aquellos que han prestado efectivamente lo que pretenden, porque sólo él se halla en disposición de conocer y de elegir el día más oportuno para una pignoración ó secuestro, con lo cual obtiene un privilegio por su mala fe.

La usura puede ser simple y puede ser instigadora, seductora. Aun en el caso en que la usura sea simple y no provoque deudas con los mil medios de que se sirve, es siempre una deuda sin préstamo correspondiente, es decir, es una deuda enormemente desproporcionada al préstamo, impide la formación de capitales, absorbiendo renta y principal, destruye la libertad y la independencia económica de los individuos y hiere profundamente el honor de las personas que caen entre sus redes. Aun la usura simple comienza por el estudio malicioso de las facultades, del carácter y de las relaciones del deudor, y sabe precipitar los vencimientos en proporción de la progresiva diminución del patrimonio de éste. Con la alta cuota de los intereses, con el aumento gradual del capital y con el privilegio de la mala fe, saca tres ó cuatro veces el valor del préstamo, lo mismo que lo hace la usura seductora. Igual que ésta, implica ciertos medios de presión y de amenazas: al principio finge ternezas para con el pobre deudor, esperando que podrá cogerlo entre sus garras, y después que lo ha conseguido, le muestra la cara feroz, hasta que por fin aparece el verdadero rostro, el de la hiena. La usura excluye el corazón, como el corazón excluye la usura; sin una cierta impasibilidad, ó, mejor, sin una cierta ferocidad, no se puede ser usurero: la usura, de cualquiera especie que sea, es un cálculo malicioso y feroz. Los indicios de la usura son generalmente los mismos en el caso de usura simple y en el de usura instigadora. En uno y en otro caso se notan aceptaciones de letras de cambio hechas por terceros que están en connivencia secreta con el usurero, brevísimos vencimientos, cesiones de estipendios, prendas, ventas de muebles y de frutos antes de la cosecha, etc. Stein observa que la usura simple

tiende hoy á convertirse en usura seductora y á revestir todas las formas y la actividad de una verdadera empresa, y que se extiende desde las grandes ciudades á las pequeñas y á los campos. La razón del fenómeno debe buscarse en aquella evolución de la vida económica moderna, de que antes hemos hablado.

Si la usura consiste en una deuda sin préstamo correspondiente, claro es que no puede confundirse con la alta medida de los intereses, la cual es con frecuencia un efecto de la escasez de capitales y premio del riesgo. El negocio de riesgo no es siempre usura, pero la usura es siempre negocio de riesgo. En el primero hay préstamo efectivo y trabajo comercial, ni falta el cálculo sobre la renta de la empresa del mutuatario; en el segundo hay deuda sin préstamo, ninguna actividad por parte del acreedor y viva espectación de la ruina del deudor. Stein ha comparado perfectamente la alta medida á un médico que se hace pagar caro, y la usura se ha equiparado á la hiena en el campo de batalla económico. De donde se sigue que si el legislador quiere perseguir la usura, no debe hacerlo volviendo al antiguo sistema de la limitación de los intereses, puesto que la libertad de éstos es consecuencia de seguros principios económicos y jurídicos. Gran parte de la crítica de las leyes contra la usura, hecha hasta nuestros días, se refiere más á las leyes restrictivas que á la posibilidad de un derecho particular, civil y penal, de la usura misma.

De lo dicho debe inferirse que la usura simple y seductora ofende siempre al derecho, el cual debe fundarse sobre la realidad de las relaciones económicas. No nos ofrece la menor duda el que semejante ofensa constituye la injusticia civil, contra la cual el principal medio de defensa *in jure* es la *condictio indebiti* ó

la *exceptio non numeratae pecuniae*. La acción y la excepción expuestas, máxime si se ejercitan en el momento de la liquidación de los créditos, atacan en su centro á la usura, la cual, á lo último, suele hacer concretas sus ganancias netas. Fácilmente se comprende que si la ley quiere reconocer el indicado medio de defensa, debe admitir la prueba testifical, los indicios y las presunciones contra el título; y aun en esta hipótesis pueden derivar perniciosos efectos para el crédito de buena fe. Hay que confesar francamente que el cambio en el sistema probatorio sería grave. Queda la cuestión práctica, que puede recibir diferente solución según las distintas condiciones morales de los pueblos, á saber: si es oportuno cambiar una base de tal sistema, con perjuicio posible del crédito, para combatir la usura en varios casos, ó si conviene dejar libre ésta para no modificar el principio probatorio y no causar perjuicio á la buena fe. Ya se sabe que de todo abusan los hombres y que en el mundo no puede haber nada perfecto. Ahora es la mala fe que se aprovecha de las garantías concedidas á la buena fe; ahora es la buena fe que sufre perjuicios á causa de las medidas tomadas contra la mala fe. Aquí, como en otros argumentos de ciencia social y jurídica, se debe examinar atentamente de cuál parte pende la balanza, ó sea en qué proporción están las ventajas de una reforma con los males que puede producir, y en vista de esto obrar. Cuando la ley admite en favor del deudor el medio de defensa referido, no puede negárselo á los verdaderos acreedores, porque el usurero se hace pagar la promesa de la deuda sin préstamo con el dinero de éstos. El mismo privilegio inmoral é injusto de la última hora, de que ha sabido apoderarse el usurero, bajo forma de preferencia nacida de la prenda, habría de desapare-

cer una vez probada la usura. No es ya útil introducir de nuevo la cesión de los bienes, que Stein propone con el fin de quitar al usurero un modo grave de presión, como es el concurso de acreedores en los casos en que el deudor se había separado de sus capitales, los cuales obraban en manos y por cuenta de otro; porque la cesión de los bienes, que libraba al deudor infeliz y de buena fe de las durezas de la coacción personal, hoy no tiene razón de ser por haberse abolido la prisión por deudas. Otro remedio civil contra la usura es la no embargabilidad de los sueldos y pensiones. Descartamos resueltamente los otros dos remedios del mismo Stein, ó sea la no validez de la venta de los productos antes de la cosecha y el no reconocimiento de la segunda deuda en la tienda de comestibles cuando no se haya satisfecho la primera. La no validez de la venta de los productos antes de la cosecha puede perfectamente comprenderse en la nulidad de la operación usuraria; lo cual es lógico, pero es lesivo para la libertad del comercio. Y lesivo para la libertad del crédito es el no reconocimiento de la segunda deuda en la tienda de comestibles cuando no se haya satisfecho la primera, que es frecuentemente el comienzo de la usura entre los labriegos de algunas regiones.

Ahora se pregunta: ¿es la usura tan sólo una forma de la injusticia civil, ó da también lugar al delito? La moderna escuela de derecho penal—escribe Carrara—ha sentado como base de la legislación represiva el solemne principio de que no puede castigarse ningún hecho humano si además de ser inmoral y lesivo del derecho, no es también agresivo contra la opinión de la seguridad de los ciudadanos, de manera que su perpetración produzca temor en el ánimo de las muchedumbres. Mirada la usura á la luz de este criterio,

alguno ha creído que no debía considerarse nunca como delito, porque el pago de los intereses exorbitantes es libremente consentido por el mutuatario, y nadie tiene motivo para inquietarse ni para temer por un daño al que puede uno libremente exponerse ó no exponerse. Sin pretender aquí indagar el fundamento de la pena, nos parece que la doctrina de la seguridad social, considerada en sí misma, no se opone á la incriminación de la usura, la cual impide la formación y el acrecentamiento del capital, hace más artificiosas y más cruelmente perversas las tentativas de mala fe y destruye la libertad y la independencia económica de los individuos, como queda dicho. No puede decirse que exista libertad de consentimiento cuando el deudor, por inexperiencia ó por necesidad de la vida, se ve precisado á aceptar pactos gravosísimos. Por esto es por lo que lo mismo hoy que ayer produce verdaderamente temor en el ánimo de muchísimas gentes, las cuales piden penas contra los usureros. Temen la usura, y con razón, obreros y labriegos, militares y empleados, propietarios y nobles; y hay que convenir en que el temor de todas estas clases es el resultado de cotidiana y triste experiencia. La usura no es la última causa del aumento de los suicidios, ni debe olvidarse que aquella, ejercida entre los proletarios, aviva los odios salvajes contra el capital y se convierte en un verdadero peligro social.

Stein ha tratado de demostrar que si el acreedor á quien se dirige espontáneamente el deudor saca una ganancia desproporcionada de la economía ya desordenada de este último, como sucede en la hipótesis de la pobreza, de la prodigalidad y de la ligereza, realiza un acto de usura simple, que cae tan sólo bajo el imperio del derecho civil. Pero si el acreedor promueve,

con malicia y en su provecho, la deuda y el desorden económico del deudor, es culpable del delito de usura, que es una especie de presión; la usura amenaza y constriñe al que se halla en situación de penuria económica, para obtener una ganancia económicamente injusta. La usura es la violencia encaminada á arrancar promesas de deudas sin haber existido el premio correspondiente, estableciendo períodos cortos de vencimiento, amenazando con denuncias por declaraciones de quiebra y abusando por todos los medios posibles de la situación angustiosa del deudor. A nosotros nos parece, como le parece también á Andreani, en su escrito *De las leyes contra la usura,* que la distinción de Stein no puede aceptarse, porque la usura, de cualquier especie que ella sea, contiene el dolo y el daño. Claro es que la usura produce daños, pero muchos no ven en ella el dolo, ó no lo ven siempre, como por ejemplo Stein. Sin embargo, lo cierto es que la usura simple contiene el dolo porque supone la voluntad de obtener un provecho ilícito del estado excepcional del deudor, el cual se ve impulsado á reconocer una deuda sin haber existido el correspondiente préstamo, ó habiendo existido un préstamo desproporcionado á la deuda, reconociendo éste por inexperiencia, por necesidad y por provocación y suscribiendo el triste pacto de la propia perdición económica y moral. Este pacto es el pacto del diablo, cuyas ocasiones son la ligereza y la necesidad, cuyo elemento esencial y criminoso es el acto malicioso de sacar provecho de una deuda sin el correspondiente préstamo, y cuya consecuencia es la perdición del deudor. Puede afirmarse que los caracteres de la violencia y de la presión no son ajenos á la usura simple, suponiendo exacta la definición penal de Stein. La presión existe cuando, con

fines de lucro, se ha amenazado con un mal futuro, obligando á alguno á entregar alguna cosa inmediatamente; y se ha amenazado con un mal inminente para obtener una promesa ó una cosa futura. La presión requiere siempre por parte del culpable el fin de poseer un valor indebido mediante amenazas de un mal grave é injusto. En tal sentido, el usurero puede oprimir, tanto cuando el deudor se dirige espontáneamente á él, como cuando él provoca la deuda con arte, convirtiéndose en causa del desorden económico del deudor mismo. El acreedor en la usura simple con fines de lucro amenaza con males futuros y constriñe al deudor á dar algo en prenda ó á ofrecerlo en venta, ó bien amenaza con males actuales, con coacciones, con declaraciones de quiebra, etc., para arrancar nuevas promesas y procurarse nuevas y más exorbitantes ganancias. Si bien no impulsa al deudor á contraer la deuda, quiere poseer valores que no se le deben, provenientes de deudas sin préstamos correlativos é infunde temores graves é injustos, racional no positivamente hablando. La usura simple no se puede reducir á la mera injusticia civil, al dolo llamado lícito, que tiene lugar en los casos de astucia de los contratantes, de exageración del mérito de la cosa que se vende, ó de la mentira no acompañada de maquinación, y en otros casos semejantes. Es siempre algo más que esto, puesto que en ningún caso se concilia con la buena fe del acreedor usuario, si bien puede comenzar y seguir sin engaño ni mentira, aun aproximándose á la presión. El que carece civilmente de razón ha podido quizá de buena fe sostener que Ticio no era su acreedor, ó no lo era por determinada suma, mientras que el usurero tiene siempre mala fe. Además, el acreedor en la usura simple, si no ha promovido los desórdenes económicos

del deudor, los aumenta no poco, acelerando su ruina, que había premeditado desde el momento de la presentación de la deuda misma. En la usura que instiga y seduce, la premeditación de la ruina del deudor comienza tan pronto como se tiene á la víctima delante de los ojos, todavía sin relación ninguna con quien se propone atraerla mediante sus pérfidas artes.

Hay quien considera la usura como delito sólo cuando se conexiona con el fraude, el cual supone un artificio apto para engañar y para obtener un lucro ilícito en perjuicio de otras personas. Según estos autores, son incriminables exclusivamente aquellas formas de usura en que los usureros emplean medios tales, que les ponen á cubierto de toda disposición civil que tenga por objeto impedir las ganancias ilícitas. Esta es la idea aceptada en el código penal toscano, el cual castigaba algunos casos de usura encubierta ó de fraude cualificada, como, por ejemplo, el *scrocchio*, que existe cuando el deudor declara que ha recibido dinero, siendo así que no le ha sido entregado en dinero sino una pequeña parte del capital, y el resto se ha dado en mercancías de escasísimo valor, si bien se han estimado á un precio fabuloso. Poco antes hemos demostrado que la usura contiene siempre los elementos del delito, el dolo y el daño, y que se distingue de la injusticia civil, ya sea simple, ya instigadora y seductora, ya se muestre con arterías, ya sin ellas. Aun en el caso en que no se engañe al deudor y no se muestre en su salvaje aspecto en los momentos más tristes de la vida, la usura es siempre delito, porque deriva de la voluntad de sacar provecho ilícito del estado excepcional del deudor que por inexperiencia ó por necesidad consiente en reconocer una deuda sin préstamo y en firmar el documento de su perdición. En tal caso,

la usura, que por las razones dichas es un delito especial, se aproxima más á la presión que al fraude, si bien lo ordinario es que comience con artimañas y concluya con la violencia. Ni el concepto de presión ni el de fraude comprenden por entero á la usura; pero no puede negarse que ésta se sirve siempre de la presión y no siempre del fraude, aun teniendo una figura propia que nosotros hemos dibujado en sus caracteres económicos y jurídicos, y que corresponden en gran parte á los fijados por las leyes austriaca y alemana. Ahora, dicho delito no exige racionalmente el hábito como elemento, según lo que prescribe la ley francesa, pues aun en la hipótesis de único contrato usurario se encuentra el infinito provecho de deuda sin préstamo por efecto de la inexperiencia ó de las apremiantes necesidades del deudor. El hábito sólo constituye una agravante.

La figura particular del delito de usura se refiere en general á los delitos contra la vida económica y en especial á los de cambio y crédito, puesto que la usura consiste en deudas sin los préstamos correspondientes, ó en deudas enormemente desproporcionadas á los préstamos. Como el crédito encierra la propiedad, y la usura daña el patrimonio privado, puede afirmarse que la usura se refiere á los delitos contra la propiedad privada, no de un modo próximo, sino de un modo mediato. La naturaleza de la usura es tal, que es siempre delito, bien entre personas comerciantes, bien entre no comerciantes. Bajo el aspecto ético-jurídico es indiferente que el acto sea civil ó no; antes bien debe observarse que si la ley penal no se aplica á las materias comerciales, la usura abandonaría las acostumbradas formas civiles y revestiría las apariencias mercantiles. Por eso es preferible la ley alemana, que se

aplica á los comerciantes y á las materias mercantiles, á la ley austriaca, que no comprende á los comerciantes. Verdad es que en el comercio es muy difícil determinar de una manera precisa el límite donde comienza la ganancia ilícita y concluye la lícita; pero esta dificultad se encuentra también en la vida civil, aunque en menores proporciones. El límite preciso es siempre difícil en las transacciones y en general en todos los hechos humanos, que por su propia naturaleza son complicadísimos. Si el comercio requiere mucha holgura para su desarrollo y mucha libertad de procedimiento, el criterio con el cual se juzga la usura en el orden mercantil será más amplio que el que se emplea en la vida civil, permaneciendo, sin embargo, sustancialmente idéntica la noción expuesta de la usura. Notemos por fin que la operación usuraria contra la cual se haya pronunciado sentencia penal condenatoria es nula, y, por tanto, las garantías prestadas cesan por regla general.

Una ley contra la usura no es ciertamente bastante para curar esta fea llaga, cuyas causas son diversas. La usura depende de las condiciones económicas de la sociedad, máxime de la escasez de capitales y de un deficiente desarrollo del crédito. Depende de las costumbres, en que tiene no poca parte la mala fe, y de la misma naturaleza humana, á la cual no son ajenas la tendencia egoísta y prepotente, la ligereza de juicio, la escasa previsión y la fácil provocación. Si las disciplinas educativas y las leyes refrenan, modifican y corrigen estas tendencias que son, ya más, ya menos visibles, no llegan, sin embargo, á extirparlas. He aquí por qué la usura se ha sostenido tanto en tiempos de prohibiciones y de penas como en tiempos de libertad. Mas, por esto, ¿no debemos hacer nada? ¿Debe acaso

el legislador esperar con los brazos cruzados la actuación espontánea de las célebres armonías sociales? Tendrán que pasar muchísimos años antes de que se vea aminorada y en vías de curación esta llaga, puesto que los capitales no son todavía tan abundantes y productivos, ni el crédito se ha difundido ni organizado hasta ahora tanto, que pueda preverse con fundamento la proximidad de los tiempos en que la usura haya de perder su antiguo vigor. Las sanciones penales sirven muy á menudo de instrumento á los progresos económicos y civiles, y en la mayoría de los casos los refuerzan y los protegen. El temor ha constituido originariamente en el consorcio civil la fibra de la legalidad; y en épocas antiguas ha sido grande la parte reservada á la rama del derecho que prescribe las penas. En nuestros días, el derecho civil tiene, con relación al derecho penal, una parte mayor que en lo antiguo; mas no por esto el temor de las penas ha cesado de ser un freno saludable en la conducta de los hombres. Cierto que la usura, perseguida por las leyes, tratará de ponerse mejor á cubierto de las amenazas de éstas, y probablemente conseguirá en varios casos librarse de la persecución. Mas el ataque, tanto bajo el aspecto civil como bajo el penal, debe ser proporcionado á la fuerza desplegada en la ofensa contra el derecho; de donde proviene el sistema antes indicado de los remedios de derecho civil y de las sanciones penales. Este sistema debe obrar de manera que no cause perjuícios al verdadero crédito ni á la buena fe, inspirándose en las reglas de una sabia política económico-legislativa. Por lo demás, si la ley penal contra la usura no castiga siempre ni de una manera eficaz á los culpables, participando en esto más ó menos de las imperfecciones de todas las leyes penales, produce dos

ventajas no pequeñas: por un lado, separa del delito á algunos dispuestos á cometerlo; y por otro, conserva á la administración de la justicia su alto prestigio, no obligándola á garantir contratos que tienen un contenido evidentemente inmoral y que repugna á la opinión universal.

CAPITULO XVI

La sociedad, la letra de cambio, el transporte y algunos contratos aleatorios.

La sociedad se define generalmente como un contrato por medio del cual dos ó más personas ponen en común alguna cosa para obtener lucro de la misma. Las sociedades civiles consiguen el fin de la ganancia con los medios de la vida civil; las sociedades mercantiles se proponen la especulación mediante el ejercicio de los actos de comercio que constituyen una industria. Estas últimas no son sociedades universales, sino particulares, en cuanto tienen siempre por objeto negocios determinados. Se dividen en tres principales especies, según el grado de responsabilidad patrimonial frente á terceras personas. La primera es la sociedad en nombre colectivo, en la cual las obligaciones sociales son garantidas por la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios. La segunda es la sociedad en comandita, en la cual las obligaciones sociales son garantidas por la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios comanditarios y por la de los socios que dan en comandita, cuya responsabilidad se limita á las cuotas que hayan entregado. La

tercera es la sociedad anónima ó de responsabilidad limitada. En la anónima el socio no se obliga más que por su cuota ó acción.

La sociedad en nombre colectivo ofrece á los terceros la máxima garantía, estimula la actividad de los socios y es útil en aquellas industrias que requieren la presencia simultánea ó en diversos parajes de los socios directores. Como esta forma de sociedad requiere una confianza ilimitada entre los socios, no se extiende sino á pequeño número de personas. Las grandes y arriesgadas empresas no se pueden intentar ni realizar sino con la comanditaria ó la anónima, porque sólo estas formas llegan á concentrar los grandes capitales, que por regla general rehusan acudir allí donde se encuentra la responsabilidad ilimitada. Hay otras especies de sociedad que en parte pueden ser comprendidas en las tres mencionadas. Por ejemplo, el código mercantil italiano habla de las sociedades de seguros mutuos, que tienen por fin la distribución de los daños ocasionados por los riesgos, como entidades colectivas distintas de las personas de los socios, y aplica á las mismas las normas relativas á la responsabilidad de los administradores, á la publicación del estatuto, del acta de constitución, de los actos modificativos y de los balances de las sociedades anónimas. También aplica el código las disposiciones concernientes á las sociedades anónimas á las sociedades cooperativas en cuanto á la publicación de sus actas de constitución y á las obligaciones y responsabilidad de los administradores. Las sociedades tácitas del código alemán corresponden á nuestras asociaciones en participación, y no entran en las tres categorías dichas. La asociación en participación no es una entidad separada de los socios, como las demás sociedades; y existe

cuando un comerciante da á una ó más personas ó sociedades una participación en las utilidades y en las pérdidas de una ó varias operaciones, ó de todo un comercio.

La sociedad en general es un organismo ético en sentido lato, por cuanto deriva de la compenetración de las voluntades con relación á un fin y presupone una voluntad común. Pero aun cuando esta voluntad común llegue á distinguirse de las voluntades particulares de que se forma, no es tal que constituya la unidad tan acentuada y existente por sí de la corporación, porque el fin no se fija por sí, y, por tanto, no es independiente de los fines de los individuos. La sociedad tiende al provecho inmediato de sus miembros; la corporación se propone directamente el propio bien. La sociedad concluye por la muerte y por la voluntad de los individuos; la corporación no se disuelve en estos casos. Los miembros de la sociedad se consideran como propietarios, y concluida la sociedad se reparten sus bienes; los miembros de la corporación no son los propietarios del patrimonio de ésta ni se lo distribuyen cuando la corporación cesa. Por consiguiente, la sociedad, en el verdadero significado de la palabra, no es, como la corporación, una persona jurídica ó incorporal. Sin embargo, en la sociedad hay algo más que una mera aglomeración de individuos ó que una suma de voluntades particulares, porque se funda sobre una voluntad realmente común; esta voluntad es el elemento natural que se encuentra en la máxima de los antiguos jurisconsultos italianos: *aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societatis.* Esta máxima fué también ilustrada con ejemplos del mismo derecho romano, el cual reconocía en algunas formas de sociedad entidades distintas de las personas

de los socios. La voluntad común es el principio racional de aquella individualidad jurídica que las leyes establecen como medio ó vehículo de relaciones entre los extraños y los socios, los cuales son efectivamente sujetos de derechos y de obligaciones. La acción comercial representa de hecho la cuota del socio en el patrimonio de la sociedad, que constituye un condominio. La teoría de Ihering, que no explica las personas incorporales, puede perfectamente aplicarse á las sociedades. No debe olvidarse que las condiciones de una persona incorporal, entendida en sentido completo ó lato, son siempre dos: la capacidad de querer y la autorización del Estado. No hay personalidad completa sin el reconocimiento, según se ha demostrado; por tanto, Yerran Pufendorf y Troplong, cuando afirman que toda sociedad constituye por sí misma un cuerpo moral y jurídico, sin necesidad de autorización, la cual sólo se requiere, según ellos, para la aparición de las entidades morales públicas. El reconocimiento unas veces debe hacerse por el Estado, y otras no. Las leyes positivas pueden perfectamente admitir la individualidad de las sociedades civiles y mercantiles, ó sólo la de estas últimas, ó la de las mercantiles y la de las civiles, siempre que las civiles revistan la forma de las mercantiles. Todo depende de motivos de utilidad general, que determinan de manera diferente al legislador. Ante el derecho filosófico, toda especie de sociedad civil ó mercantil es susceptible de ser elevada al grado de individualidad jurídica. El derecho positivo de ordinario no considera como entidades colectivas á las sociedades civiles, por no fundarse necesariamente, como las mercantiles, sobre las relaciones con terceras personas, y porque no tienen un fin tan determinado, cierto y manifiesto como el comercio. Las

sociedades civiles se desarrollan en muchas formas, que pueden ser ignoradas ó no ser bastante comprendidas para ser reconocidas presuntivamente. Al contrario, las sociedades mercantiles, que no encuentran tales obstáculos, son consideradas por las leyes como entidades colectivas. Las mismas leyes consienten que las sociedades civiles adquieran formas mercantiles, sin perder su carácter esencial, puesto que su naturaleza no depende de la forma. En este caso adquieren individualidad jurídica, porque se fundan sobre las relaciones con terceros, relaciones que es preciso regular creando un medio ó un vehículo, como dice Ihering.

Troplong decia en su *Tratado de las sociedades* que no hay necesidad de nuevas reglas legislativas para la materia de la sociedad, porque la asociación es un hecho de todos los tiempos. Y efectivamente, la historia romana nos presenta el tipo de sociedades de caballeros con el fin de exigir impuestos, además del célebre ejemplo de una asociación privada para la desecación del Fucino: la de la Edad Media nos recuerda las grandes casas florentinas, y los lombardos esparcidos por todas las regiones siendo acreedores de los soberanos; y la historia del siglo XVII y del XVIII está toda ella llena de compañías de comercio marítimo y de colonización. Pero Troplong, aunque hace una descripción exacta de las vicisitudes del espíritu de asociación, que ciertamente no ha nacido ayer, no ha comprendido bien las profundas diferencias entre las antiguas y las nuevas sociedades mercantiles. Sabido es que aquéllas, poco numerosas, se fundaban todas sobre el monopolio, el cual á su vez reaccionaba sobre el trabajo esclavo ó siervo; mientras que éstas viven y se desarrollan potentemente en el régi-

men de la libertad. ¿Quién ignora que en Roma el orden ecuestre tenía el previlegio de la contrata de los tributos? Después del descubrimiento de América, las lejanas empresas de compañías particulares ¿no han sido una especie de emanación del gobierno? Y la Compañía de las Indias occidentales ¿no estaba investida de la enorme prerrogativa de ejercer sólo ella el comercio en tales países? No hay que olvidar que la misma sociedad se hizo dueña de una inmensa cantidad de tierras.

La Revolución francesa, por amor á la libertad del trabajo, miró siempre con malos ojos toda clase de asociación entre los obreros; temía que bajo las apariencias de una sociedad tolerada, pudiera surgir una sociedad prohibida. Esta continua sospecha produjo aquel aislamiento del obrero tan vivamente deplorado después y eliminado en parte mediante las notables aplicaciones del gran principio del auxilio recíproco: fundamento máximo de la cooperación cuyo éxito exige el concurso de las más altas dotes de la naturaleza intelectual y moral del hombre. La cooperación se propone principalmente el consumo, el crédito y la producción. Las cooperativas de consumo y de crédito, que suministran el ahorro y los instrumentos de trabajo, son los mejores medios para poner en acto las de producción; por tanto, puede decirse, empleando una bella frase de Vico, que al aplicarse la cooperación al consumo y al crédito, se proporciona á sí misma la propia materia. En la cooperación se entrecruzan felizmente la ética, la economía y la política, porque el individuo en el sistema del auxilio recíproco cesa de ser egoísta, gana más y ser convierte en un elemento de orden. En efecto, en las asociaciones cooperativas de consumo se unen el sentimiento de la mutualidad y de la responsabilidad

individual con el afecto de familia, obteniéndose de esta manera justos precios, buenas calidades y peso exacto. El afecto de familia se desarrolla cada vez más y se hace estable mediante las sociedades que tienen por fin la construcción de casas para obreros. Dando al obrero una modesta habitación en que la mujer pueda quedarse con sus hijos, se destruye en gran parte el pésimo hábito de la taberna, se disminuye el número de los delitos, se difunde el benéfico sentimiento de la propiedad inmueble y se presta una base real al crédito artesano. Por otra parte, los bancos populares ó cooperativos de crédito inician la edad del crédito personal y democrático, porque no imponen la colocación fuera del lugar del capital del deudor y concilian los dos términos opuestos del mutualismo y del individualismo; lo cual constituye un problema que tiene muchas incógnitas. Las cooperativas de producción no alimentan el antagonismo entre el capital y el trabajo, porque presuponen la existencia del obrero capitalista; ni parten de un pretendido derecho al trabajo, pues no piden nada al Estado. Dichas sociedades no pueden considerarse como comunidades fantásticas, porque no absorben al individuo, ni tampoco como contrarias á la concurrencia, por cuanto en el actual terreno industrial hay puesto para la grande y la pequeña industria, que hoy tiene tanta necesidad de restaurarse, á fin de enderezar el arco ya demasiado curvado, por el predominio exorbitante de la grande industria.

Esto supuesto, resulta evidente que la moderna legislación, á pesar de la opinión contraria de Troplong, debe reconocer y regular estas nuevas formas de asociación, las cuales son efecto del natural desarrollo de aquella libertad que no ha vivificado nunca las antiguas organizaciones económicas del consorcio civil. Mas

debe advertirse que si las sociedades cooperativas son bajo un aspecto sociedades mercantiles porque tienen por objeto la especulación y viven en el comercio, bajo otro aspecto son algo más, puesto que tienden á armonizar, como se ha dicho, los movimientos del interés personal con los principios de solidaridad y fraternidad, para elevar la condición de las clases obreras. En este sentido, tales cooperativas se refieren á otra rama de la legislación, á la legislación social.

El principio de libertad económica, que ha engendrado nuevas formas de asociación, se halla destinado á producir también cambios generales y notables en la parte concerniente á las relaciones entre semejantes entidades y el Estado. El régimen de la autorización gubernativa comienza ya á desaparecer de los códigos de los pueblos civilizados. Este régimen es enteramente contrario á la libertad contractual, porque no puede menos de parecer muy extraño que para la celebración de un contrato privado, como es el de sociedad, haya necesidad de la autorización del gobierno, no habiendo otra clase de pacto que la requiera. Es también anormal que la potestad administrativa haya de mezclarse en cosas que sólo atañen al interés individual, cuya defensa y límite se encuentra en la ley. Esta ingerencia repugna al principio de igualdad civil, el cual no es una verdad histórica sino cuando la ley estatuya en lo relativo á la sociedad reglas generales y no especiales para cada caso. En nuestros días la ley no debe cuidarse de quien quiera arruinarse y destruir sus cosas, cuando se encuentre en situación de comprender lo que hace y sea efectivamente libre, porque el individuo no puede hallarse en perpetua minoría de edad, perdiendo así el sentimiento de responsabilidad, de que depende en gran parte el progreso moral. La

ley no debe ya considerar al Estado como un Argos ó un Briareo, pues el poder público no tiene competencia para juzgar rectamente respecto á las condiciones económicas de un proyecto industrial; y además con el sistema del *placet* gubernativo se pone en duda la misma confianza de los ciudadanos en el Estado, por los no raros casos de bancarrota, más ó menos vergonzosos. La historia nos demuestra que la autorización no ha impedido jamás eficazmente el triunfo de la trampa, ni ha impedido los atrevimientos afortunados de los tunantes y de los aventureros en perjuicio de muchos que se han creído bastante garantidos con el previo examen gubernativo de una empresa realizada bajo la forma de comandita dividida por acciones, ó de la anónima. Por otra parte, es posible que proyectos de gran utilidad no les parezcan tales á los consejeros del gobierno, que son ordinariamente inexpertos en materias industriales, y por lo mismo víctimas de los escrúpulos y de las exigencias de una vida muy diferente que la de las artes y del comercio. En estos casos, la denegación de la autorización equivale á una pérdida incalculable para el consorcio civil.

La suerte del sistema de la vigilancia se halla también ligada á la causa de la autorización, porque tanto una como otra son escogitadas por el genio protector. La vigilancia del gobierno ha desaparecido en las naciones civilizadas: la idea general en esta materia es que el gobierno se abstenga de toda ingerencia directa, dejando á las personas que tengan en ello interés el cuidado y la responsabilidad de tomar noticias de la marcha de la sociedad á que pertenecen y con la cual tienen negocios. Claro está que cuando estas personas adviertan la existencia de violaciones de la ley, pueden denunciarlas á los tribunales com-

petentes. La vigilancia gubernativa tiene los mismos vicios que la autorización, y es impotente para impedir la mala administración de las sociedades; por consiguiente, por un lado, resulta perniciosa para los intereses privados, porque hace creer que están garantidos cuando realmente no lo están; y por otro, resulta nociva para el crédito del gobierno, á cuya indolencia se imputan todos los inconvenientes, que derivan de una desordenada economía interna. Además, no es posible vigilar todas las operaciones de todas las sociedades, y, por tanto, limitándose la fiscalización á las sociedades más importantes, se convertiría en causa de ilegítima y odiosa desigualdad.

Es de creer que los peligros que ofrecen las sociedades por acciones puedan evitarse amparándose del principio de libertad, que debe ser desarrollado en sus necesarias y prácticas consecuencias. De aquí resulta que una buena ley debería, ante todo, establecer la mayor publicidad respecto al número y á la naturaleza de los actos y la publicidad más amplia y eficaz en cuanto á los modos. La ley debería también proveer á la responsabilidad más completa y rigurosa de los accionistas por las obligaciones contraídas, de los promotores, de los administradores y de todos los que tengan algún cargo en la sociedad. Por último, la ley debería también facilitar la oportuna vigilancia de los interesados, sin perturbar el organismo de las asociaciones con entidades extrañas que obren como instrumentos de la protección gubernativa. Las ideas enunciadas informan ya el moderno derecho, como puede advertirse por el examen de varias leyes vigentes.

Este concepto de la libertad de las transacciones, que hemos formado por inducción de la historia económica, del derecho positivo y de toda la reciente ex-

periencia relativa al particular, se hace deductivo y necesario poniéndolo en relación con el del respeto que se debe al dominio privado, y, por tanto, al principio de la libertad individual. Pues, una vez reconocido que la persona individual sea la misma libertad del hombre particular, y demostrado que la propiedad sea la investidura de semejante persona, y la misma voluntad libre aplicada á las cosas; resulta que el individuo puede disponer de cualquier modo de éstas y hacerlas materia de infinitas convenciones, con tal de que no ofenda á las buenas costumbres, al interés social ó al orden público. Dicha limitación, que hemos visto tiene lugar en la propiedad forestal y minera, se comprende fácilmente reflexionando que en el organismo ético, tan distinto del natural, el todo debe respetar la personalidad de la parte y la parte debe ordenarse para la vida consciente y libre del todo.

Muchos autores y algunas legislaciones, entre las que ocupa el primer lugar la francesa, consideran á la letra de cambio como prueba, como símbolo del contrato de cambio trayecticio, por el cual un contratante adquiere la obligación de pagar una suma á otro ó á la orden de éste, en un tiempo determinado, por un valor dado ó prometido en distinto lugar. Tres son las condiciones de la letra de cambio entendida de esta manera: el cambio entre dos lugares, el contrato entre el librador y el librado y la indicación del valor recibido. La letra de cambio se diferencia de la carta orden, que es un documento por el cual el que lo suscribe se obliga á pagar una suma en determinado tiempo al acreedor ó á su orden, declarando haber recibido el valor. La letra de cambio es siempre documento de comercio, mientras que la carta orden lo es tan sólo si está suscrita por un comerciante ó emitida por causa

comercial, y requiere necesariamente la persona del librado y el giro de lugar á lugar. Por el contrario, en la carta orden es el mismo firmante el que paga, y paga en el mismo lugar en que se ha formado el documento. Ahora, esta teoría se halla sustancialmente modificada por la ciencia y por las leyes, y la modificación radical se halla sancionada por la filosofía del derecho. Un individuo puede perfectamente proporcionarse la firma de un banquero y librar contra éste una letra de cambio para su acreedor ó á la orden del mismo. En este caso puede no existir cambio trayecticio; no hay más que un título de crédito ó un instrumento de multiplicación de los cambios. La letra de cambio es en realidad una obligación rodeada de rigurosas formalidades, para distinguirla de otras obligaciones y para hacer cada vez más seguro y eficaz el movimiento mercantil. La letra de cambio es esencialmente una obligación literal, por la que uno está obligado á pagar cierta suma á cualquiera que presente el título á su vencimiento. Esto supuesto, la letra de cambio no exige el giro de lugar á lugar, pudiendo el librador librarla también contra sí mismo y pagarla sin la intervención del librado. La letra de cambio no exige absolutamente un contrato entre el librador y el librado, ni tiene necesidad de contener la indicación del valor recibido, porque, como nota Thöl, escritor de esta materia, el contrato cambiario surge tan pronto como está formada la letra de cambio. La condición indispensable es ésta: el título formado ó la letra de cambio debe darse á alguien y debe ser tomada. La letra de cambio es una promesa de pagar cierta suma; y esta promesa la hace el librador y es cumplida por el librado, si acepta, ó por el que gira. Por parte del que toma la letra no hay una contrapromesa, porque éste, una vez en poder del

título, tiene derechos pero no deberes. Verdad es que debe presentarse al librado para la aceptación y que en caso de que éste no acepte ni pague, debe levantar el protesto, acto mediante el cual se hace constar la falta de aceptación ó de pago. Pero hasta aquí se trata de condiciones para el ejercicio de los derechos del tomador, mas no de verdaderas obligaciones, como observa también Marghieri en su libro *La Letra de cambio*. De lo dicho resulta clara la naturaleza de la letra de cambio, que no es una mezcla de compraventa, de mutuo y de mandato, como piensa Trendelenburg.

Grandísima es la importancia de la industria del transporte, porque mucha parte de las riquezas y de los valores circula mediante su auxilio. Puede afirmarse, sin miedo de caer en error, que casi toda la vida económica de la sociedad se concentra en esta industria, que ahora se sirve grandemente de los ferrocarriles. El ferrocarril es la aplicación de la máquina de vapor á los transportes, y exige el concurso de enormes capitales y la formación de compañías para la construcción y la explotación. Es el medio más poderoso y típico del transporte moderno, aquel de que depende el movimiento de la mayor parte de los bienes, que obtienen su equivalente mediante el cambio, y en torno del cual se combinan y armonizan los otros medios, constituyendo así el principio de la individuación de las vías. El Estado tiene obligación de fijar por medio de la ley el plan general de construcción de los ferrocarriles y de regular su función, porque tal medio de transporte, juntamente con otros que dependen del mismo y se enlazan con él, es de servicio público. Aqui se trata de la circulación de la riqueza, y aun de monopolio, pues no puede tener cabida la ley de la concurrencia. La experiencia nos en-

seña que allí donde se construye un ferrocarril no se construye otra vía férrea junto á él, pues el propio interés y la concesión gubernativa prohiben esta concurrencia y el primero impone en este caso el acuerdo entre las compañías. La fijación del plan de ferrocarriles y de las relaciones entre el Estado y las compañías es materia de la ley administrativa. El reglamentar la función por respecto al remitente, al conductor y al destinatario pertenece al derecho mercantil, el cual no es puro derecho convencional y voluntario en este particular, por cuanto los medios típicos de transporte conservan el carácter de servicios públicos. El contrato de transporte no se refiere al acto aislado, aun oneroso, sino á la empresa. El acto aislado es esencialmente acto de la vida civil, no mercantil. El transporte implica una relación jurídica entre aquel de quien procede la mercancía, aquel á quien debe llegar y el que debe hacerla pasar desde el primero al segundo. El contrato de transporte, nota De Tullio en una monografía que lleva este título, es complejo y supone derechos y deberes desde su formación entre tres personas, el remitente, el destinatario y el conductor. Poco importa que el destinatario sea tal ó tal otro individuo, que comience siendo uno y concluya siendo otro; en el momento de la formación del contrato surge siempre la figura de un destinatario cualquiera, aun cuando la persona del mismo no sea cierta en todos los casos. Sucede aquí en semejantes hipótesis lo que con el título al portador, que no puede decirse que el que lo emite haya contraído obligación con nadie, por ignorar quién será el individuo á quien tendrá que pagarlo. El empresario con relación al remitente confunde su personalidad con la del conductor y frente al conductor se confunde con la del mi-

tente. El contrato sigue siendo siempre uno, no obstante la diversidad de los conductores intermedios; único es el vínculo que liga al mitente, al destinatario y al conductor. El empresario contrae la obligación de hacer que se realice el transporte, y es responsable de la ejecución como de un hecho propio, si tiene necesidad de varios conductores.

El seguro es un contrato aleatorio por el cual el asegurador se obliga á garantir al asegurado de un riesgo mediante una suma estipulada que se llama premio y que se proporciona á la naturaleza del riesgo mismo. El seguro elimina los casos desfavorables con la repartición de los riesgos, y puede considerarse con Hermann como el comercio del resarcimiento de los daños. Dice el citado escritor que con el seguro concurren la prevención y la represión de los daños: la prevención es un medio que requiere gran cautela y cuesta más caro; la represión cuesta menos, y fácilmente queda sin producir efecto; el seguro cuesta también menos, pero deja que se realice la perturbación. Wagner y otros fautores del socialismo de Estado, partiendo de un concepto erróneo, antes criticado, á saber, que con el progreso de los tiempos crecen las funciones del Estado en detrimento de la actividad de los particulares, tienden á hacer que el derecho público absorba una notable parte del derecho privado. Se ha observado que de esta manera la sociedad volvería á comenzar el camino que ya ha recorrido y retrocedería á la época del derecho imperativo, en la cual la ley se ocupaba de todo y el Estado se mezclaba en todos los asuntos de la vida civil y económica. Conforme al principio expuesto, los escritores aludidos afirman que el seguro no es un asunto de libre y privado tráfico, sino una institución pública, ó sea el cumpli-

miento de un deber del Estado, que debe sustituirse á las compañías. Si la administración pública, dicen, provee á las vías de comunicación, á la necesidad del agua, á la policía sanitaria y de alumbrado; si previene y reprime las causas de daño, bien puede completar el sistema y hacerse cargo del seguro. Las compañías anónimas son muy extensas, á veces se asemejan á pequeños Estados en los cuales es escaso el interés directo y el gobierno es de simples estipendiados. El Estado se serviría del seguro, no con fines de lucro, sino como medio de bienestar general, y no tendría necesidad de hacer promesas engañadoras y de pagar grandes sumas á los agentes acaparadores. El seguro privado contiene siempre una gran injusticia, en cuanto proporciona el premio al riesgo. No es justo que el labriego pague por el riesgo de incendio que corre su casa un premio mayor que el que paga en la ciudad el príncipe por su magnífico palacio. En general, el grado del riesgo no es efecto de un acto libre de voluntad, como en el caso citado y en otros mil. El seguro privado excluye de sus beneficios á quienes tienen más necesidad de ellos; por el contrario, la justicia exige que se proporcione el premio al haber y que el Estado asegurador pague por los más necesitados.

Salandra ha hecho con agudeza la crítica de estas razones en una memoria titulada *Un caso de socialismo de Estado*. Ante todo es de advertir que el Estado moderno no se halla en general dispuesto á asumir funciones económicas: ya antes hemos notado que ha vendido sus tierras, no ejerce ya industrias en concurrencia con los particulares y saca su principal alimento del impuesto. Poniendo en práctica su concepto de organismo nacido para la tutela del derecho, para los progresos de la cultura y del bienestar, se ingiere

en asuntos económicos si los particulares no tienen ninguna iniciativa, ó si ésta es débil; si es preciso á veces destruir los perniciosos efectos de algunos monopolios, y si se trata de crear una fuente de recursos financieros. Varios casos de intervención del Estado alegados por los socialistas de la escuela de Wagner hacen relación á la seguridad y á la sanidad pública, y no á los fines económicos: tales son los ejemplos tomados á los servicios de alumbrado, de limpieza y de policía higiénica. La prevención y la represión de las causas de daño corresponden al Estado, en cuanto preservan á los individuos de peligros que amenazan á todos sin recaer particularmente sobre ninguno. Ahora, el efecto del seguro se consigue cuando el daño ha tenido ya lugar y cuando ha recaído sobre la vida ó sobre el patrimonio de tal ó cual individuo. El daño debe ser evitado y reparado por quien puede ser víctima del mismo. Ni puede dudarse que los negocios individuales son más económicos que los negocios en forma de sociedad, y que éstos son más económicos que la administración del Estado, por ser menos vastos ó estar dirigidos por personas que son accionistas ó están interesadas en las ganancias, y vigilados por las asambleas de los socios, los cuales tienen ciertamente un interés más directo y más vivo que los que componen las jerarquías civiles y que las asambleas políticas, nacidas por elección. El seguro, como empresa industrial que presta servicios por poco precio, que sabe encontrar la clientela adaptándose á sus hábitos, á sus necesidades y á sus prejuicios, es siempre mejor encomendarlo á los particulares. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este juicio, porque nos muestra que las tentativas de seguro de Estado han fracasado generalmente. Hay que tener también en

cuenta que la esencia del seguro está en la proporcionalidad del premio al riesgo. Las tarifas de los seguros son consecuencias de los principios matemáticos, de la aplicación del cálculo, y no pueden lógicamente subordinarse á fines éticos. Nadie querría pagar por un servicio un equivalente mayor que lo que debe, á fin de que el equivalente de los demás sea menor: suprimido el principio de proporcionalidad, el seguro desaparece. Supóngase que todos los ciudadanos están obligados á asegurarse, pagando algunos de ellos premios menores que los que deberían pagar; en tal caso, es claro que los primeros pagarán un impuesto para que el Estado preste un servicio casi gratuito á los segundos. Aquí se da una especial organización del Estado cuya legitimidad y conveniencia no hay necesidad de examinar ahora; pero verdaderamente no se da el seguro. El seguro no es un modo de igualar las fortunas y de resolver la cuestión social. El seguro no tiende á obtener una más equitativa distribución de las riquezas, como cree Wagner. Si es verdad—nota Zammarano, en su libro *La Empresa de los seguros*—que el labriego no puede construir la casa con ladrillos ó con piedra, sino que debe construirla con madera; y si es verdad que el que no goza de buena salud queda excluido del seguro ó debe pagar un premio más alto; y que quien tiene un campo expuesto á la acción destructora del granizo debe pagar más que quien tiene un campo menos expuesto al azote, también es verdad que el seguro no tiene por misión el reparar las desigualdades sociales, ni el dar la riqueza, la fuerza y la salud á quien no las tiene.

Las empresas de seguros no son verdaderamente institutos de previsión, por cuanto se proponen obtener beneficios con frecuencia no pequeños, mientras que

las instituciones de previsión no se proponen fines de lucro, como las cajas de ahorros, las sociedades de socorros mutuos y otras semejantes. Los mismos seguros mutuos, que son una especie de cooperativas, tienden en último resultado al lucro, puesto que los asegurados quieren pagar á menor precio el riesgo extendiendo el número de seguros. Realiza un acto de previsión el que asegura la vida, la casa, la cosecha; pero no sucede lo mismo con la empresa que gana. Los institutos de seguros son de gran importancia social, por cuanto reparten la suma de los daños entre un gran número de asociados. Por un lado, limitan las pérdidas individuales, por otro, impiden la aparición en los presupuestos del Estado y de los cuerpos morales de grandes cantidades para pagar siniestros que hayan tenido lugar, y evitan la diminución de los ingresos. El mayor obstáculo para su desarrollo es la elevación de las tarifas, las cuales permanecen siempre las mismas, porque la concurrencia es muy difícil. Zammarano observa que las antiguas compañías de seguros sobre la vida, para quitar asuntos á las nuevas, aumentan los premios á los agentes acaparadores, y estas últimas se ven obligadas á elevarlos más y más, creando un exceso de gastos y no poseyendo por tanto reservas iguales á los riesgos de que se han hecho cargo. Las compañías existentes para asegurar los daños se coligan y niegan el seguro á las nuevas sociedades que no adoptan las mismas tarifas. Las mutuas no tienen menor necesidad de agentes, los cuales piden igual premio que el que conceden las compañías por acciones; y no pueden negarlo, porque tienen que ensanchar la esfera de sus negocios. Es en vano pensar en una organización eficaz y más económica del seguro, mediante el Estado, al intento de hacer la competencia á las empresas particulares,

porque en todos los países civilizados de Europa se han hecho tentativas, pero no han tenido éxito, á excepción de Alemania, donde lo han tenido por un conjunto de circunstancias muy particulares. La escasez de la reserva, por consecuencia de los muchos gastos, no produce en breve plazo la ruina de la empresa, si ésta adquiere cada año un cierto número de asegurados nuevos. En tal caso, los nuevos asegurados pagan por los antiguos, y así se marcha hasta que el movimiento ascendente se detiene y no hay que pagar muchas cantidades vencidas. El punto saliente de la cuestión es siempre el de las reservas, de cuya exacta proporción debe cuidarse una ley próvida. No se olvide la advertencia de que la materia de seguros es tan compleja y delicada, que no puede ser comprendida fácilmente. Los mismos directores de las compañías no siempre la comprenden bien; los asegurados no saben nada, son ajenos á las compañías y no pueden ejercer ninguna vigilancia sobre las mismas. Las observaciones de Zammarano están muy en su lugar, y sus deducciones son acertadas. La ley está llamada á armonizar el principio de la libertad de la empresa con la necesidad de una garantía seria de los derechos del asegurado. Si estuviera demostrado que esta garantía no se puede obtener de otra manera que con la intervención del Estado, entonces sería el caso de reconocer una saludable excepción al sistema que rechaza como regla la autorización preventiva y la fiscalización del gobierno en la materia de las sociedades mercantiles. Y esta excepción no es única, puesto que nadie duda de la legitimidad y de la conveniencia de la función inspectora del Estado en los bancos que tienen la facultad de la emisión de billetes.

El derecho debe fomentar las condiciones morales

para el mejor desarrollo de la vida social y debe preparar un campo de acción al trabajo productivo. No debe garantizar aquellas relaciones contractuales enteramente aleatorias que se fundan sobre la irreflexión y el ocio, originando por una parte repentinas y enormes fortunas, y por otra instantáneas y desoladoras ruinas y miserias. Por consiguiente, el derecho no puede conceder tutela á los puros juegos de azar ni á las puras apuestas, pero sí puede otorgarla á los juegos que consisten en los ejercicios del cuerpo. La tutela puede también concederse á los contratos diferenciales de bolsa, esto es, á aquellos contratos que no se proponen la consignación de los títulos y del dinero en el momento del vencimiento, sino sólo el pago de las diferencias de los precios, por cuanto no dependen enteramente de la ciega suerte. De la propia manera que se requieren aptitudes especiales para adiestrarse en la carrera, en el manejo de las armas y en otros ejercicios, en el caso presente se necesitan conocimientos de un determinado orden de cosas para prever el alza ó baja de los títulos registrados en la bolsa. Semejantes conocimientos se refieren al movimiento mercantil de los valores, á sus oscilaciones en los mercados y á sus tendencias. No es la ciega suerte lo que decide, sino que deciden algunos hechos que sólo pueden preverse mediante estudio atento y no corta experiencia.

CAPÍTULO XVII

La familia primitiva.

La persona individual tiene su proyección en el dominio, que representa el instrumento adquirido, se desarrolla con las prestaciones recíprocas, que son efecto de una voluntad común en orden á determinados fines útiles, y comienza á efectuarse en la familia, que es la primera y más inmediata forma de la sociedad. La familia es un organismo ético en que se compenetran varias conciencias y se comprenden varias voluntades, formando así una conciencia, un espíritu y una voluntad común. Es unión íntima de naturaleza, fundada sobre el sentimiento, sobre el afecto, y en la evolución de las formas ético-jurídicas representa un progreso por respecto á la persona individual, á la propiedad y al contrato; porque la idea del hombre no se efectúa en el particular, en la cosa ó en el cambio de los valores, sino en todo un organismo ético. Mediante la familia, el hombre en pequeño comienza á convertirse en el hombre en grande, el cual se revela mejor en la sociedad civil, en el Estado y en el sistema de Estados. Si la familia es unión fundada sobre el afecto, la sociedad civil y el Estado son comunidades humanas que tienen su base en la distinción de los intereses y en los

principios de razón. El sistema de los Estados presupone la humanidad de las naciones.

El matrimonio y la familia encuentran sus antecedentes más remotos en algunas formas de unión y de coexistencia entre las especies de la animalidad. La manera más baja y más general de satisfacer el instinto de la reproducción es la promiscuidad; muchísimos animales se unen obedeciendo muy ciegamente á los impulsos orgánicos, sin mostrar preferencias ni afecciones que pudieran asemejarse en algo á la elección y á la fidelidad. La poligamia se observa entre los animales que viven en grupos, y con mayor número de hembras que de machos; la poliandria no se ve absolutamente, porque la hembra es menos fuerte que el macho y no está en disposición de refrenar y contener los excesos de un serrallo masculino siempre en contienda. La monogamia no es rara entre las especies diseminadas, que no pueden vivir sino en parejas, ya por la dificultad de encontrar alimento, ya por su índole insociable. Entre algunos animales hay casos de monogamia tan acentuada que producen verdadera maravilla, puesto que la viudez es ordinariamente causa de la muerte del cónyuge supérstite. A veces el instinto de reproducción llega hasta perder, aun entre las bestias, su originario carácter de egoísmo: en efecto; entre las hormigas, por efecto de la división del trabajo, la reproducción se ha convertido en misión exclusiva de determinados individuos. En vano se buscan huellas de alguna coexistencia doméstica en las especies más bajas, que son las que se ocupan menos de los descendientes, los cuales quedan abandonados á todas las eventualidades de la destrucción. Solamente la hembra de algunos reptiles muestra algún cuidado por sus huevos, acometidos por el macho. Casi siempre el

amor hacia los pequeñuelos nace primero en la hembra; en el macho aparece después y es menos intenso. Tanto en la una como en el otro este amor dura hasta que concluye la crianza; de donde el carácter temporal de la coexistencia doméstica, aun en las especies monogámicas. El amor filial es un hecho puramente excepcional: los grandes simios tienen una especie de familia en que los progenitores y los hijos viven juntos por un cierto tiempo, y el jefe es el macho adulto, que conserva su poder mientras no es abandonado ó muerto por sus propios hijos. El fundamento de esta obediencia doméstica es la fuerza, por virtud de la cual se cumple el mandato, si el que manda puede constreñir á los que deban obedecer. Generalmente, la hembra del mamífero es el centro en torno del cual se agrupa la familia animal; si el macho continúa en ella, es más por inclinación á la hembra que por amor á la prole.

Viniendo ahora á ocuparnos de las fases del matrimonio y de la familia humana, diremos que se observa hoy en las ciencias que tienen por objeto el hombre y las instituciones civiles lo que se ha observado y todavía se observa en las disciplinas que se ocupan del desarrollo de las especies vivientes. Así como en tales disciplinas no pocos tipos que durante siglos se han considerado primitivos han venido á ser formas posteriores más ó menos imperfectas; así también algunos hechos sociales, reputados como originarios é iniciales, aparecen por virtud del nuevo análisis como derivados é históricos en el sentido propio de la palabra. Uno de estos hechos es la familia patriarcal, la cual hasta ahora se ha representado á manera de una aglomeración elemental de naturaleza, existente desde los tiempos primitivos de la humanidad, y compuesta del

padre, de una ó varias mujeres y de los descendientes. El parentesco se determinaba por medio del padre, que era propietario absoluto de las mujeres, de los hijos y de los bienes; después que creció la familia patriarcal, aparecieron la estirpe ó γένος, la *gens* ó *clan;* y después que se multiplicaron tales uniones y se redujeron á más amplia unidad, nacieron las tribus, de las que luego se originaron las sociedades civiles.

Los estudios recientes sobre las antiguas fuentes y las profundas investigaciones sobre las leyendas y sobre las costumbres de los salvajes modernos nos autorizan para argumentar que la familia patriarcal no es el principio de la sociedad. Según tales estudios é investigaciones, parece demostrado que en los orígenes existió la horda en que se desconocía el parentesco individual, porque sus miembros no se consideraban como hijos de personas determinadas, sino como hijos de todos los padres y de todas las madres de la comunidad; después la horda se fraccionó en pequeños grupos que comenzaron á vivir vida particular. En este momento se puede advertir la génesis del matrimonio ó conjunción más ó menos durable, ora de un mayor, ora de un menor número de individuos, y por consecuencia, la génesis de la familia. La familia primitiva se fundaba sobre el parentesco por medio de la madre, porque el padre era entonces incierto; y tenía una genealogía femenina, á diferencia de la familia patriarcal, que significa un progreso en cuanto supone la certidumbre del mismo padre.

Siendo esto así, claro es que en los tiempos remotos de la comunión de las mujeres el derecho de la horda debía considerarse como *jus naturae;* y que después fué *jus naturae* el derecho de la madre, por virtud del cual el hijo de la hermana del difunto sucedía en los

bienes de éste y á veces en las dignidades políticas y en las funciones sacerdotales, con la obligación de la venganza. Fácil es también comprender que el derecho paterno no podía al fin cambiarse en derecho natural sino por la obra lenta é incesante del tiempo.

Alguien ha afirmado que los estudios de que queda hecha mención han sido iniciados en el siglo pasado por Lafitau, en el libro *Costumbres de los salvajes americanos,* y que en el presente han sido proseguidos, extendidos y sistematizados por D'Eckenstein, en la *Revista arqueológica*, por Bachofen, en la obra *El Derecho de la madre*, por Mac Lennan, en el *Matrimonio primitivo,* por Morgan, en los *Sistemas de consanguinidad*, por Lubbock, en los *Orígenes de la civilización,* por Giraud Teulon, en los *Orígenes del matrimonio y de la familia,* por Spencer, en los *Principios de Sociología*, y por Letourneau, en la *Sociología*. Se ha añadido que Lafitau y D'Eckenstein y hoy Letourneau no hacen más que proporcionar datos y conjeturas sobre hechos especiales, mientras que los otros son autores de explicaciones generales filosóficas é históricas. Pero se ha olvidado á Vico, el cual, antes que todos los escritores indicados, divulgó una teoría suya casi idéntica á la doctrina moderna, como vamos á ver. También se ha olvidado á Lucrecio, quien en el libro quinto de su inmortal poema *De natura rerum,* refiriéndose á la época primitiva, cantaba:

El Venus in silvis jungebat corpora amantium:
Conciliabat enim vel mutua quamque cupido,
Vel violenta viri vis, atque impensa libido,
Vel praetium, glandes atque arbuta, vel pira lecta.

Y al dibujar los caracteres de un período posterior y adelantado, el poeta latino escribía:

Inde casas postquam, ac pelleis, ignemque pararunt,
Et mulier conjuncta viro concessit in unum:
Castaque privatae Veneris connubia laeta
Cognita sunt, prolemque ex se videre creatam:
Tum genus humanum primum mollescere coepit.

La *Providencia,* enseñaba Vico, en los primeros comienzos de las naciones, ordenó que los *hombres de gigantescas estaturas más fuertes,* que debían vagar por las *alturas de los montes,* como las *fieras,* que son de *más fuertes naturalezas,* á los *primeros rayos* después del *diluvio universal, aterrándose* por sí mismos y metiéndose entre las *grutas de los montes,* se sujetasen á una *fuerza superior* que imaginaron ser *Júpiter;* y que convirtiéndose en *estupor* cuanto era *orgullo y fiereza,* se *humillasen* ante una *divinidad:* que en tal *orden de cosas humanas* no se puede concebir que la *Providencia divina* echase mano de *otro consejo* para detenerlos en su *bestial error,* dentro de la *gran selva de la tierra,* á fin de introducir en ella el *orden de las cosas humanas civiles.*

Porque aquí se formó un *Estado de repúblicas,* por decirlo así, *monásticas,* ó de *solitarios soberanos* bajo el *gobierno* de un *óptimo máximo* que ellos mismos *fingieron* ó *creyeron* al clarear aquellos *rayos:* entre los cuales se les apareció resplandeciente *esta verdadera luz de Dios,* á saber, que Él *gobierne á los hombres;* tras de lo cual todas las *utilidades humanas* que se les suministraban y todos los *auxilios* que se les prestaban en las *necesidades humanas* se imaginaron ser *dioses* y como tales los temieron y reverenciaron. Luego entre los *fuertes frenos de espantosa superstición* y *poderosísimos estímulos de lujuria bestial,* las cuales *entrambas* cosas debieron ser *violentísimas* en tales hombres; porque sentían que el *aspecto del cielo* era para ellos *te-*

rrible, y, por tanto, les prohibía el *uso de Venus;* debieron tener *en conato el ímpetu del movimiento corpóreo de la lujuria;* y empezando así á usar de la *libertad humana,* que consiste en *tener refrenados los movimientos de la concupiscencia* y darles *otra dirección;* pues no viniendo *del cuerpo,* de donde viene la *concupiscencia,* debe venir de la *mente,* y, por tanto, ser *propio del hombre:* se entretuvieron en *agarrar por fuerza á las mujeres,* naturalmente *retraídas* y *esquivas,* las arrastraron *dentro de sus grutas;* y para *usar de ellas* las tuvieron *seguras* dentro en *perpetua compañía* de su *vida:* y así con las *primeras uniones humanas,* esto es, *púdicas* y *religiosas,* dieron principio los *matrimonios;* mediante los cuales, con *mujeres ciertas* hicieron *hijos ciertos* y se convirtieron en *padres ciertos;* y se fundaron las *familias,* que gobernaban con *familiares imperios ciclópicos* sobre sus *hijos* y sus *mujeres,* propios de tan fieras y tan orgullosas naturalezas: al intento de que al aparecer después las *ciudades* se encontraran los hombres *dispuestos á temer á los imperios civiles.* Así, la *Providencia* ordenó ciertas *repúblicas iconómicas* de *forma monárquica* bajo *padres* en aquel estado *príncipes, óptimos* por *sexo,* por *edad,* por *virtud;* los cuales en el *estado* que debe decirse de *naturaleza,* que fué lo mismo que el *Estado de las familias,* debieron formar los *primeros órdenes naturales,* como aquellos que eran *piadosos, castos y fuertes,* los cuales *firmes en sus tierras* para *defenderse á sí* y á sus *familias,* no pudiendo *acampar huyendo,* como antes lo habían hecho, *en su vagar bestial,* debieron *matar fieras* que les acometían; y para *sustentarse* con las *familias,* como ya no vagaban para encontrar alimento, debieron *domar las tierras* y sembrar en ellas el *trigo;* y todo ello para *salvación del género humano.*

Al cabo de largo tiempo, *arrojados por la fuerza de sus propios males,* que les ocasionaba la *infame comunión* de las *cosas* y de las *mujeres,* en la que habían quedado dispersos por las *llanuras* y los *valles* en gran número hombres *impíos* que no temían á los *dioses, impúdicos* que hacían uso de la descarada Venus bestial, *nefarios* que á menudo la usaban con las madres y con las hijas; *débiles, errantes y solos,* perseguidos en la vida por *violentos robustos,* por las *riñas* originadas en tan *infame comunión;* corrieron á refugiarse en los *asilos de los padres,* y éstos recibiéndolos en *protección,* vinieron con las *clientelas* á ampliar los *reinos familiares* con tales *fámulos.*

No se necesita emplear muchas palabras para explicar esta parte de la conclusión de la *Ciencia nueva,* de la cual se han reproducido anteriormente algunos fragmentos con diferente propósito. Vico dice de la manera más abierta que antes de las *uniones humanas, púdicas* y *religiosas,* esto es, antes de los *matrimonios* y de las *familias* y de los *padres ciertos,* de las *mujeres ciertas* y de los *hijos ciertos,* existió la *infame comunión de las cosas y de las mujeres,* en que vivían hombres *impíos, impúdicos y nefarios.* La comunión tuvo fin, según Vico, cuando agarraron *por la fuerza las mujeres, retraídas* y *esquivas,* arrastrándolas *dentro de sus grutas.* Las mujeres eran *retraídas* y *esquivas,* no por sentimiento de vergüenza y de pudor, sino porque no querían ser sometidas á la esclavitud de un hombre. Los hombres eran *solitarios soberanos* ó *príncipes,* ó jefes de *repúblicas iconómicas* de *forma monárquica.* Ahora, el reino deriva del dominio, como la república popular deriva de la libertad, y la república de los optimates, nace de la tutela. Dominio, libertad y tutela son tres elementos de la idea del derecho, correspondien-

tes al conocer, al querer y al poder. Que el matrimonio se relacione íntimamente, á juicio de Vico, con el derecho de propiedad, no resulta tan sólo de la naturaleza de la relación entre la forma monárquica, especialmente primitiva, y el dominio; sino que también puede demostrarse con el hecho de que la comunión de las cosas procede paralelamente con la de las mujeres y con la necesidad de *matar las fieras,* de *domar las tierras* y *sembrar en ellas el grano,* para *sustentar á las familias, con las cuales* y *para las cuales se redujeron los campos á cultivo.* Sin embargo, Vico se equivoca al transformar demasiado pronto el estado *bestial* en el período de los *púdicos,* de los *piadosos* y de los *sabios;* de modo que la época *heroica,* que es posterior á la *divina,* parece una caída. Por lo que él desde la edad de la *infame comunión,* pasa al tiempo de la *unión púdica* y *religiosa* con padre *cierto*, al tiempo de la familia patriarcal. Naturalmente, como en tiempo de Vico se carecía de los múltiples auxilios de las diferentes disciplinas modernas, este autor no descubre (ni podía descubrir) todos los términos medios que han encontrado ó inducido en nuestros días Bachofen, Lennan, Morgan, Taylor, Lubbock y Giraud Teulon. Pero el grande autor de la *Ciencia nueva* deja siempre, como se dice, la cuestión abierta, y reconoce implícitamente la legitimidad de las inducciones sacadas del estado de las costumbres de los salvajes modernos, con el siguiente principio: Es otra *propiedad de la mente humana* el que cuando los hombres no pueden formarse *ninguna idea* de las cosas *lejanas* y no *conocidas,* las aprecian por las cosas que les son *conocidas* y *presentes.* Mas no debe echarse en olvido una acertada advertencia de Darwin, á saber: que las costumbres licenciosas de los salvajes son efecto de decadencia.

Ya veremos que en nuestro caso, la luz viene también de testimonios antiquísimos y á menudo seguros.

Bachofen, Lennan, Morgan, Lubbock y Giraud Teulon están conformes con Lucrecio y Vico en reconocer la existencia de un período primitivo de comunidad de mujeres, é invocan la autoridad de los escritores antiguos y modernos. En China, las mujeres fueron comunes hasta el reinado de Fouhi, y en Grecia hasta la época de Cecrope; según Herodoto y Estrabón, los masagetas, los nasamones y los ausos no conocieron el matrimonio. Estrabón y otros narran que los garamantes se hallaron en la misma condición, y Jenofonte añade á los anteriores los mosynocos, los cuales escandalizaban á los soldados de Ciro por la publicidad de sus uniones. Los autores citados aducen muchísimos hechos, que demuestran que en algunas partes de Nueva Zelandia, de América del Sud y de las islas Andaman y Nicobar existe el comunismo más absoluto. Dicho sistema se encuentra también en varias tribus de negros, que no tienen religión, leyes ni nombres propios, y que no distinguen á los individuos más que por alguna particularidad orgánica, como el Largo, el Cojo, etc. Entre los hechos que alegan, merecen especial mención el del parentesco, el de las habitaciones y algunos ritos nupciales escandalosos que sólo se explican con el sistema de la preexistente comunidad. Según las prolijas y diligentes investigaciones de Morgan, parece que el parentesco en sus orígenes no fué una relación de individuo á individuo, sino una relación entre el individuo y la horda. El niño reconoció primeramente como padres suyos á todos los adultos de la tribu, y como madres á todas las mujeres de la misma horda que podían engendrarlo. Y efectivamente, los habitantes de las islas

Sandwich, por ejemplo, hasta el siglo pasado, no conocían más que cinco clases de parientes. La primera comprendía al individuo, á los hermanos, á las hermanas y á los primos; la segunda estaba compuesta del padre, de la madre, de sus hermanos, de sus hermanas y de sus primos, los cuales eran también llamados *padres* y *madres;* la tercera contenía al abuelo, á la abuela, á sus hermanos, á sus hermanas y á sus primos, y formaba la clase de los abuelos; la cuarta se componía de los hijos y de sus primos, considerados también como *hijos;* la quinta abrazaba los nietos y sus primos y constituía la clase de los *pequeños hijos.* Según esta forma de parentesco, todos los miembros de una clase eran entre sí hermanos y hermanas, el tío consideraba al sobrino como hijo y el sobrino era hijo de la tía. Ahora, si el hermano daba el nombre de hijo al nacido de una hermana, es de presumir racionalmente que en tales países estaban consentidas las uniones entre hermanos y hermanas. Los viajeros dicen que la mayor dificultad que los misioneros han encontrado en estas islas ha consistido en enseñar la castidad á las mujeres. El adulterio, el incesto y la fornicación eran cosas aceptadas por las costumbres y consagradas por la religión. Por lo demás, la unión incestuosa era un hecho general de la antigüedad remota, puesto que se veía á dioses y á héroes que se casaban con hermanas, y los egipcios y persas imitaban estas costumbres de los dioses. Diodoro refiere que el rey egipcio tenía el deber de casarse con su hermana, y Platón dice que la Picia declaró que esta unión era lícita y conforme á las leyes de naturaleza.

Otro hecho digno de estudio es el referente á las casas sitas en los territorios indianos del Centro y del Sud de los Estados Unidos. Tales casas tienen una longitud

de ciento á ciento cincuenta pies, y son capaces para contener cuarenta ó cincuenta familias, es decir, trescientas ó cuatrocientas personas. Las largas chozas de los indios de Colombia contienen centenares de individuos, y en estas regiones hay aldeas formadas por una ó dos casas de tal amplitud. México, las regiones del Yucatán y de Guatemala, antes de la llegada de los europeos, estaban llenas de tales aldeas, que ofrecen un buen testimonio de promiscuidad de la vida. Los primeros españoles que llegaron á tales países creyeron que las construcciones indicadas eran palacios.

Cuando en la historia apareció la posesión exclusiva de una mujer por parte de un hombre, debió considerársela como una institución de derecho positivo, ajena y opuesta al derecho primitivo de la comunidad, que se estimaba *jus naturae*. Fué reconocido como infracción de la ley natural y religiosa, porque la fecundidad de la mujer, como la de la tierra, ó sea la Gran Madre, no debía tener limitaciones. De donde nació la necesidad de pagar un tributo á la sociedad ofendida y de una expiación que había que ofrecer á los dioses; tributo y expiación consistentes en hacer pasar por un período de promiscuidad provisoria á las mujeres destinadas al matrimonio. Así y no de otra manera se explican las antiguas costumbres referentes á los cultos extraños y escandalosos que se celebraban en honor de las diosas protectoras de la fecundidad. Las lidias, las sardas y las babilonenses hacían el sacrificio de su castidad, antes del matrimonio, según narran Herodoto y Estrabón. Y en caso de ocurrir alguna calamidad pública, todas las mujeres de una ciudad estaban obligadas á hacer la ofrenda de su pudor para aplacar á la divinidad, ultrajada por el hecho de haber violado con el matrimonio la ley de naturaleza. Los magistrados

de Locri exigieron en un día de peligro público el sacrificio de la castidad de todas las mujeres en el templo de Venus. Estrabón mismo dice que las hijas de buena familia, las cuales se ofrecían por un cierto tiempo al culto de Anaitis, eran muy solicitadas luego como esposas. El mismo autor asegura que tal necesidad de expiación estaba también admitida en Armenia y en algunas partes de la isla de Chipre. Herodoto habla de la misma costumbre entre los tracios, y Diodoro Siculo refiere que en las islas Baleares, en Mallorca, en Menorca y en otros lugares, la esposa, durante la primera noche, pertenecía á los huéspedes. En el Mahabharata se lee que las mujeres son comunes como las vacas, y que Cwetaketou fué el primero que introdujo la posesión exclusiva de las mismas. En la India hay una secta religiosa denominada Vira-Sriva, que predica que los hombres son iguales para el *lingam*. Las sacerdotisas de Siva y de Visnú obedece á los mismos preceptos religiosos, y su depravación es muy notable. En esta región, la mujer cansada del marido y la viuda pueden sacrificar al ídolo en uno de los templos de Tulava, siendo desde el momento del sacrificio libres para disponer de su cuerpo con todos. Estrabón añade acerca de esta materia que entre los partos el hombre que había tenido con una mujer dos ó tres hijos podía abandonarla y casarse con otra. Hoy, los indios de las dos Américas, las tribus de la Polinesia y de la Australia, los negros del Africa oriental y occidental, lo mismo que los cafres, dan sus mujeres temporalmente á sus huéspedes. Y algunas tribus del Brasil acostumbran hacer esto mismo aun con los prisioneros de guerra, á quienes luego matan y se comen. Entre los antiguos peruanos, en Etiopía y aun ahora en diferentes tribus aborígenes de la India,

en Birmania, en Cachemir, en el Sud de Arabia, en Madagascar y en la Nueva Zelanda, la esposa pertenece de derecho la primera noche á todos los parientes y amigos. En algunas partes de la India, en la antigua Abisinia, en algunas hordas del Brasil y del Perú, este *jus primæ noctis* lo ejercitan los sacerdotes. En los países de la Grecia primitiva en que existían mayores afinidades con el Asia, como sucedía en Corinto, se constituía un cuerpo especial de sacerdotisas destinadas á librar, mediante sus obras, á las mujeres comtemporáneas del sacrificio del pudor. De la propia manera se explica el prestigio de que en ciertas sociedades se hallaban rodeadas las cortesanas, porque éstas continuaban una antigua costumbre sancionada por las religiones. Las continuas conversaciones sobre la poesía, sobre la filosofía y sobre la política elevaban el espíritu y refinaban el gusto de las cortesanas atenienses. Sus casas eran á menudo útiles y aprovechables centros de reunión; ¿quién no sabe que Sócrates conversaba con cortesanas y Pericles iba con frecuencia á casa de Aspasia? En la India, en Abisinia y en Java dichas cortesanas gozan de pública estimación y se las respeta mucho. Todos los cuales hechos desmienten la afirmación de Spencer, según la cual, la comunidad primitiva de las mujeres no contenía ninguna idea legal.

Las uniones primitivas debían estar desprovistas del sentimiento del amor, debían consistir en conjunciones casi animales y fundarse sobre la esclavitud de la mujer; debían ser temporales y realizarse sin ritos, á juzgar por lo que sucede con las uniones de los salvajes modernos. Lubbock agrupa las diversas narraciones de los viajeros acerca de este particular, y nos enseña cosas de no poco interés para nuestro asunto. Los

hotentotes y los cafres son tan fríos é indiferentes, que han inducido á los que han estudiado sus costumbres á afirmar que en sus uniones no hay amor. Hay tribus indias en la América del Norte que no tienen la palabra *querido*, y hay alguna lengua de salvajes que no posee el verbo *amar*. Al traducir los misioneros la Biblia á tales idiomas, se ven obligados á inventar un vocablo que tenga el significado del verbo dicho. En los osages y los cherokees no se ha podido encontrar una sola expresión poética ni musical que revele el amor. En Yariba, en el África central, los indígenas se casan con la mayor indiferencia, lo mismo que si comprasen ó vendiesen una cantidad de grano ó de cualquier otra cosa. Las tribus que habitan las colinas de Chittagong, en la India, consideran el matrimonio como una simple unión corporal, ó como una utilidad ó medio de cocer la comida. Los jóvenes en Australia aprecian á las mujeres por la cantidad de servicios que pueden prestar. En estos países se las trata con mucha brutalidad, pues por la más mínima causa se las golpea ó se las hiere con una lanza. Los viajeros han visto mujeres enteramente cubiertas de cicatrices. En algunos sitios del Paraguay y de Abisinia los vínculos conyugales son tan frágiles, que el marido y la mujer se separan por mutuo consentimiento, sin formalidades ni ceremonias. Las parejas de esta parte del Paraguay no tienen noción del pudor, según dicen de una manera unánime los viajeros. Los árabes hassaniyed tienen matrimonios que duran tres días; al cuarto la mujer es perfectamente libre. En Ceylán el matrimonio es una situación de prueba por cinco días; expirado este plazo, el matrimonio se confirma ó se anula. Entre ciertas tribus de la India meridional se acostumbra á casar á una joven de quince ó veinte años

con un niño de cinco ó seis. La joven convive con el padre del marido ó con un tío ó primo materno. Y si de estas uniones nacen hijos, su padre legal es siempre el muchacho, el cual, hecho adulto, se une á una mujer casada con cualquiera otro niño, porque la suya ya está bastante entrada en años. En casi todos los matrimonios de los salvajes se observa la carencia de ceremonias y de ritos: los badagas del Indostán, los kurumbas, tribu que vive sobre las colinas de Nilgherry, los keriahs de la India Central, los indios de California, los indios kutchin, los pieles rojas de los Estados Unidos, los azawaks de la América meridional, las tribus de Australia y del Brasil, los pueblos de Abisinia y del África occidental, los ashantees y los hotentotes realizan sus uniones sin el concurso de testigos, de magistrados ni de sacerdotes, á quienes les están reservadas las ceremonias que acompañan á la circuncisión y el tatuaje. Por tanto, cuando Montesquieu afirma que en todos los tiempos y pueblos la religión es la puerta del matrimonio, dice una cosa que no es exacta.

Es probable que con el progreso de los tiempos se restringiese el sistema de la comunión por medio del parentesco femenino, y que de esta manera naciese la familia, la cual debió formarse primeramente en torno de la madre, porque, como se ha dicho más atrás, el padre era habitualmente incierto. La familia comenzó á fundarse sobre la prolongación del cordón umbilical; el nombre de la madre descendía solo y el marido no representaba más que un elemento secundario. Ahora, el parentesco por medio de las mujeres, si bien unilateral, es siempre superior bajo el aspecto ético y civil al parentesco genérico, porque éste es una relación entre individuo y comunidad y excluye la familia

como sociedad particular y distinta. Bachofen explica el tránsito desde la época de la comunión á la del derecho de la madre por medio de una revolución de mujeres que se avergonzaron de su estado y consiguieron establecer su supremacía. Bachofen llama material á la segunda y espiritual á la tercera época ó período del derecho paterno, en el que el padre se reconoce como autor de la vida y la madre es considerada como nodriza. A nosotros nos parece que Bachofen tenga razón en llamar material á la segunda época, porque en ella aparece la familia sobre una base sensible, esto es, sobre la prolongación del cordón umbilical. Pero creemos que se equivoca cuando afirma que la causa del tránsito desde el primero al segundo período haya sido la revolución de las mujeres. Pues no es presumible que en estos tiempos de barbarie estuvieran tan desarrollados en las mujeres el sentimiento del pudor y la inteligencia, que hubiesen de determinar una reacción general de aquéllas y producir nada menos que una supremacía sobre los hombres, los cuales son más fuertes. La leyenda de las amazonas, tan extendida y tan general, probablemente se ha formado mediante la conversión fantástica de la preponderancia familiar femenina con el imperio político. Bonghi dice en las *Lecciones de historia antigua,* que la fantasía popular ha retratado así, primero en las vicisitudes de los imperios femeninos y luego en las de los masculinos los dos estados diversos de la familia, aquel en que la madre es el jefe y aquel en que el jefe es el padre. Se creyó que al reinado de los hombres había precedido el reinado de las mujeres, y que las mujeres, jefes de la familia, han sido también jefes de Estados.

La transición desde el sistema de la comunidad al

del parentesco por línea femenina se ve de una manera clara en los habitantes de las islas Sandwich: en estas islas la comunidad se restringió á medida que pasaron los años, y las uniones de hermanos con hermanas se hicieron raras. Por un lado, los hermanos comenzaron á poseer mujeres en común; por otro, las hermanas vivieron en sociedad conyugal con cierto número de hombres unidos por un vínculo menos fuerte de parentesco. Por fin, en el siglo pasado ha tenido lugar entre estos habitantes un gran cambio, por cuanto se ha constituido la familia con genealogía femenina. Pero el sistema del parentesco por medio de las mujeres se ve todavía en Australia, en las islas Marianas, Fidji, Tonga y en otras tierras del Océano Pacífico; se encuentra en las islas Carolinas, entre los pueblos que se hallan entre Birmán y Siam, en algunas tribus de Ceylán, en las islas Maldivias, en las costas del Malabar, en varios pueblos primitivos de la India, en la mayor parte de las tribus de la América del Norte, entre los arawaks de la América del Sud, en el Senegal, en Loango, en el Congo, entre los herrero, entre los cafres, en Madagascar, en la costa de Guinea y entre los touareng.

Los antiguos iberos, los pueblos primitivos del Asia Menor, los licios, según Herodoto, los locrios, según Polibio, y los etruscos que nos han dejado inscripciones fúnebres con el nombre de la madre y no del padre del difunto, vivieron también en medio del sistema referido. Hay inscripciones etruscas bilingües que contienen el nombre del difunto ó difunta y el de la madre, como en los siguientes ejemplos: *L. Cajus Caulia natus; Thania Sudernia nata.* Hay otras inscripciones en las cuales se encuentra sólo el nombre de la madre y no el del difunto; por ejemplo: *Perrica natus.* Y hay

también algunas que en el original no contienen el nombre del padre, pero éste ha sido añadido en la versión latina. La adición obedece á la costumbre romana y al conocimiento personal del lapidario, según advierte Corsen en el libro *La Lengua de los etruscos*. La única inscripción bilingüe del Museo de Nápoles es de esta clase. He aquí el texto: *Vl, Alfni Nuvi Cainal.* Corsen la traduce de este modo: *Velus Albinus Novius Caina* (matre) *natus*. *Cainal* es nombre propio femenino que se encuentra en otras doce inscripciones. La versión latina de la inscripción es esta: C. ALFIUS A. F. CAINNIA NATUS. Escribiendo la versión entera tenemos: *Cajus Alfius Auli filius Cainnia natus*. Herodoto observa que en Egipto las mujeres se colocaban en las calles públicas, hacían el comercio y se ocupaban de industrias, y los hombres se quedaban en casa á tejer. Diodoro añade que, por los muchos beneficios de Isis, la reina egipcia tenía mayor poder y era más respetada que el rey, y el hombre privado pertenecía á la mujer, según los términos del contrato nupcial. Muchas inscripciones fúnebres de Egipto contienen el nombre de la madre y no el del padre del difunto, y si expresan el nombre de éste, expresan también el de la madre. Verdaderamente, Isis era representada como principio inmortal de las cosas y como divinidad educadora por excelencia, mientras que Osiris era principio fecundador, pero pasajero y mortal. Con el predominio de Isis pueden explicarse el poder de las hermanas-esposas de los Faraones y el deber legal, que también recuerda Herodoto, impuesto á las hijas y no á los hijos de alimentar á los padres viejos. Relaciones semejantes entre los sexos se encuentran en el país de Angola, entre los timanis, los kurankos y los sulimas, entre los bazes al Sur de

Egipto, entre los bogos y los beni-amer. Y el gran poder de las reinas ó hermanas-esposas se encuentra hoy en la mayor parte de los reinos africanos, en los que al lado del jefe existe una mujer revestida de la dignidad de *makonda;* dignidad y poder que pertenece de ordinario á la hermana del jefe, la cual es al propio tiempo su primera esposa. Según un pasaje de Varrón, conservado por San Agustín, en la antigua Atenas los hijos llevaban el nombre de la madre. En la *Orestiada* de Esquilo se conserva todavía profunda huella del parentesco por medio de la madre, porque las Euménides, representantes de las antiguas leyes, reclaman la condena de Orestes, matador de la madre, diciendo que Clitemnestra no era *pariente* de su hijo *por la sangre del hombre que había matado,* y Apolo, iniciador de un nuevo derecho, implora merced para Orestes mismo, sosteniendo que la madre no es *creadora* del hijo, sino que es *nodriza del germen depositado en su seno.* Las Erinnas interrumpen el discurso de Apolo y se duelen de que éste, el dios joven, quiera echar por tierra el antiguo derecho, y, por tanto, á los antiguos dioses.

Mas atrás se ha advertido que en los países en que se mantiene la genealogía femenina se hace heredero el hijo de la hermana, y no el propio. Ahora, semejante derecho de sucesión era observado por los etíopes, según atestiguan Herodoto y Estrabón. El Mahabharata habla del rey Vaásouki, el cual deseaba tener un heredero y un defensor. Este príncipe no pensó en tomar mujer, sino que tomó un esposo para su hermana, que fué un individuo mandado por los dioses y se unió con la esposa por una noche sola: después de nueve meses nació el héroe Astika, que fué el sucesor del rey. La leyenda del Mahabharata hace

suponer que el derecho sucesorio indicado ha existido en la India en la misma forma como domina hoy entre los indígenas de aquellas comarcas. Todavía se conserva en la Nubia, en el Sudán, en la Nigricia, en la costa de Guinea, en la región de los lagos del Africa oriental y de Zambeze, entre los bosoutos, los tuareng, los herrero, en el Madagascar, entre los bazes, entre los battas de Sumatra, en ciertas islas del Pacífico, entre los tlinkithes, los kenayes de la América rusa, en Méjico, en el Perú, entre las tribus indias de la América del Norte, entre los pieles rojas y en el Malabar. En Africa, de ordinario el hijo no hereda del padre más que las armas; en Madagascar, entre los tuareng, los herrero y los pieles rojas, el hijo de la hermana es llamado á suceder en las dignidades políticas y á veces en las funciones sacerdotales del tío, según el actual sistema de parentesco. La venganza deriva también de la genealogía femenina allí donde ésta domina, y por eso no corresponde al hijo del muerto, sino á sus sobrinos de parte de madre.

Si la humanidad ha salido del estado de comunidad para entrar en el período del parentesco mediante las mujeres, es lógico presumir que las primeras tribus ó grupos de consanguíneos se hayan constituido por el sistema de la descendencia de mujer á mujer. Mac Lennan opina que el principio orgánico de la tribu, de este hecho remotísimo, haya sido la *exogamia*, ó sea la interdicción del matrimonio entre los individuos de la misma horda. La *exogamia* ha debido ponerse en práctica mediante el matrimonio por rapto, y el rapto ha sido primero efectivo y crudo, después simbólico. Lennan ha encontrado la exogamia en China, en Siberia, en Tartaria, en la India, en Circasia, en las dos Américas, en Australia, en las islas

del Pacífico, entre los celtas y en Escocia. Explica la ley con la escasez de mujeres en los pueblos primitivos, que acostumbraban dar muerte á algunas niñas, siendo esto causa de debilidad y más tarde incentivo para agresiones peligrosas de los vecinos. Nosotros creemos que la doctrina expuesta derrame mucha luz sobre ciertos hechos poco comprendidos hasta nuestros días. La exogamia produce rápidos cambios de nacionalidad, sin inmigraciones ni guerras, porque la madre pertenece á una horda enemiga. Ella nos ofrece la razón de la costumbre que tienen, por ejemplo, los pieles rojas de llamar hijo al hijo del hermano y sobrino al hijo de la hermana. Las mujeres de estos indios llaman hijo al hijo de la hermana y sobrino al hijo del hermano; el chino llama todavía hijos á los hijos del hermano y sobrinos á los de la hermana. Claro es que cuando priva la exogamia, la promiscuidad se restringe, realizándose así un gran progreso, porque el hermano no se casa ya con la hermana; pero la promiscuidad no concluye, como se deduce de las expuestas denominaciones del parentesco. Las cuales nos inducen á conjeturar que en tal período el hermano todavía cohabita con la mujer del hermano y la hermana cohabita con el marido de la hermana. Como natural consecuencia de la necesidad de hecho que impone la exogamia, surge la noción del incesto, la cual aparece con extrañas modalidades. En Ceylan le está prohibido al padre mirar á la hija que ha llegado á la pubertad; la misma prohibición se impone á la madre con respecto al hijo; en Asia, entre los mongoles, y en Africa, entre los basoutos, la nuera debe esconderse cuando ve al suegro. Entre los arasvaks, el yerno no puede mirar á la suegra, y entre los cafres y los pieles rojas, ésta no pue-

de pronunciar el nombre del yerno; en las islas Fidji, los hermanos, las hermanas, los primos, los suegros, las suegras y los yernos no pueden hablar ni comer juntos. Análogas costumbres existen en Australia, en la India, en Borneo y en el Africa occidental.

Lubbock cree que el matrimonio por rapto podía coexistir y ha de haber coexistido con el sistema de la comunidad. El matrimonio por captura ha sido probablemente el comienzo del matrimonio individual: la mujer robada en otra tribu se convertía, por derecho de guerra, en propiedad exclusiva del raptor. De lo que resulta, según Lubbock, que la exogamia es un efecto del rapto, mientras que Mac Lennan la considera como causa del rapto mismo. El primer escritor combate al segundo respecto á la razón alegada para explicar la exogamia, porque el infanticidio entre los salvajes no se limita á las niñas, sino que se extiende también á los niños, como acontece en Australia. Además, hay tribus en que existe el matrimonio por rapto, y sin embargo son *endógamas:* los beduinos, por ejemplo, emplean el matrimonio por captura y pueden casarse con las primas, pero consintiendo en pagar un cierto precio. Ni tampoco Giraud Teulon admite que la matanza de las niñas haya sido causa de la exogamia, porque la triste costumbre del infanticidio debía ser común y recíproca en las varias hordas, por lo que hacía imposible la misma exogamia y el rapto. Spencer añade que la matanza de las niñas debía compensarse con la gran mortalidad de los varones por causa del estado de guerra casi permanente. Añade que la poliandria, consecuencia de la teoría de Lennan, no siempre acompaña á la exogamia. Spencer trata de explicar la exogamia por el botín, porque la mujer es una de las mejores cosas que se pueden quitar al ene-

migo, y corresponde á los guerreros capturantes. Siendo los guerreros los hombres más estimados, viene á hacerse general el hecho de poseer mujeres ajenas, y adquiere sanción religiosa. La endogamia se nota en las tribus pacíficas, mientras que la exogamia se observa en las tribus guerreras y victoriosas. Pero podría preguntarse á Spencer: ¿Cómo es que los habitantes de la Nueva Zelanda, que son tan belicosos, tienen la endogamia? Ahora, de cualquier manera que la cosa pueda explicarse, lo cierto es que en la época de que se habla ha habido necesidad de proporcionarse con el rapto mujeres fuera de la tribu; en efecto, sin esta necesidad los hombres no habrían buscado, con gran peligro de su vida, las mujeres entre los enemigos. El rapto es primero brutal y feroz, como en Australia, en la Nueva Zelanda, en varias islas del Pacífico y en la América del Sud: los hombres de Australia, cuando descubren una mujer sin protección, la entontecen con un fuerte golpe de *dowak*, la arrastran por los cabellos al bosque vecino y esperan á que la pobre criatura vuelva en sí. Así se practica también en los alrededores de Sidney, en Bali y en otras regiones. Después el rapto adquiere forma simbólica; como símbolo se practica en la India, en el interior de Asia, entre los malasios, en Africa y entre los antiguos griegos y romanos.

Como el parentesco por medio de las mujeres deriva de una condición física, esto es, del cordón umbilical, tenía que aparecer como una institución de derecho natural. Por el contrario, el parentesco por medio de los hombres debía considerarse como creación del derecho civil, porque presupone un reconocimiento algo arbitrario de los vínculos de consanguinidad, un acto reflexivo y voluntario que se conexiona con una pre-

sunción abstracta. Un niño no puede menos de ser hijo de una mujer determinada, pero puede ser hijo de este ó de aquel hombre. Si el parentesco por medio de hombres requiere actos reflexivos y presunciones abstractas, es evidente que debe ser posterior.

El sentimiento de la paternidad no tuvo ni podía tener un carácter verdaderamente afectivo y ético. La paternidad fué primeramente una relación de esclavitud, alguna vez fué un modo de adquirir y una operación comercial. Entre los salvajes modernos, especialmente los que habitan las costas de Guinea, se ve todavía á menudo que el mismo padre hace la trata de sus hijos, y los hijos, una vez adultos, sorprenden al padre con alguna emboscada y lo venden alegremente. En algunos países del Sud de Africa, los hijos son considerados como animales que se deben dar en alimento á las fieras, puesto que los indígenas se defienden de los leones construyendo trampas de piedra donde colocan á los niños á guisa de cebo de los leones.

Parece que la filiación por línea de varón no siempre haya sido personal en los comienzos; la prueba histórica de esta conjetura la tenemos en la poliandria entre los hermanos. Ahora, la poliandria, que no es efecto de pobreza, puesto que ha tenido lugar en tribus ricas, ó entre individuos ricos de la misma tribu, si no fué universal, sí estuvo muy extendida, á juzgar por algunos rastros que han quedado y de los cuales recordaremos dos. Los cinco hermanos Pandava, héroes del Mahabharata, se casan en común con la bella Draáupadi. Los bretones vivían en la poliandria, como atestigua César. La poliandria se encuentra hoy en Asia, en el Thibet, en la Buckaria, en la región del Himalaya, en el Kachemir, en la corte de

Malabar, en Ceylán y en la Nueva Zelanda. Entre los habitantes del Thibet, los hijos y los bienes pertenecían al jefe de la comunidad, al primogénito. Entre los todas, el primer hijo pertenece al primogénito, el segundo al segundogénito. Un hombre que no tenga hermanos en los pueblos que hacen uso de la poliandria, se asocia á los extraños en el matrimonio, y si no quiere asociarse, permanece célibe.

La verdadera paternidad se manifiesta en la historia cuando se establece un dominio individual en la forma del matrimonio. Que la paternidad resulte como consecuencia del derecho de dominio, se demuestra por medio de múltiples hechos, y particularmente por medio de la lengua ariana antigua. El padre se denominaba en sánscrito *pitâr,* esto es, propietario, ó *ganitâr,* es decir, engendrador; en los vedas, los dos términos se enlazan y tenemos el *pitâ-ganitâ.* Ahora, tal enlace, y más tarde tal confusión de los dos conceptos en el lenguaje, son indicios seguros del influjo del derecho de propiedad en el desenvolvimiento de la familia masculina. Aquí conviene notar que el hombre ha podido hacerse por un cierto tiempo propietario de la mujer de dos maneras, con el derecho de guerra ó con la compra-venta. En tribus belicosas, el raptor de una mujer perteneciente á otra tribu hace suya dicha mujer, como cualquier otra presa, en virtud de la captura. En lo cual debe aceptarse la explicación expuesta de Lubbock, el cual reconoce la posibilidad de la coexistencia del sistema del matrimonio individual con el sistema de la comunión en general. En otras tribus, la familia masculina se ha constituido mediante la compra-venta, porque la mujer se consideraba como parte de la propiedad de la familia, en la cual debía permanecer juntamente con el patrimonio. La familia

vendía un derecho de uso de la mujer, no la mujer; así que el marido estaba obligado á ir á la cabaña y á la aldea de la mujer. En Sumatra, el marido y sus descendientes formaban objeto de la absoluta propiedad de la familia de la mujer si el matrimonio se celebraba con una forma determinada llamada *Ambel-Anak*, que ahora ha caído en desuso. Entre los koccks de la India, en Ceylán y en la China antigua se ven costumbres no muy diferentes de la de Sumatra. Las dificultades que existieron en los tiempos primitivos para la adquisición de una mujer han sido ciertamente grandes, por existir pobreza. No pocas veces el precio de la mujer se pagaba con la esclavitud temporal del marido en la casa del suegro, como lo pagó Jacob en casa de Labán y como todavía hoy se paga en Asia, en Africa y en las dos Américas. En algunas tribus indias en América, si el marido no tiene necesidad de entregarse al suegro y puede vivir independientemente, tiene, sin embargo, que prestar un tributo de caza, que dura hasta que nace una hija. Esta se considera como complemento de precio por respecto á la venta de la madre y como propiedad del tío materno. Entre los makololos, los kimbundas del Sud y algunos pueblos de la Costa de Oro, en Timor y entre los limboos de la India, la compra de la mujer no comprende la de los hijos, los cuales deben pagarse separadamente si los quiere tener el padre. En toda la costa de Guinea y entre algunas tribus del Africa las leyes prohiben la adquisición especial de los hijos por parte del padre, cuya vida y libertad dependen de un modo absoluto del capricho del tío materno. Fácilmente se comprende que la familia masculina se organiza efectivamente desde el momento en que la compra de la madre contiene también la de los hijos. Según las cos-

tumbres y el derecho de los kimbundas, de los fellatahs y del reino de Fantis, el hombre no tiene otro medio para poseer propia mujer é hijos propios que la unión con una esclava. En este caso tiene verdadera potestad sobre los descendientes, y sus bienes personales los heredan, no los hijos habidos con la mujer legítima, sino los hijos nacidos de la esclava, y á falta de éstos, los adoptivos. La unión del propietario con su esclava es un síntoma de profunda transformación en el régimen matrimonial de varios pueblos africanos. Estos tienen una tendencia marcada á semejantes uniones, porque el hombre no quiere obedecer á la mujer, sino que quiere mandar. Las mujeres, en los pueblos mencionados, son dueñas absolutas de sus bienes, de sus actos y de sus hijos, los cuales llevan su nombre. Los pobres maridos no tienen medios para oponerse á la conducta de las mujeres, que imponen su voluntad ejerciendo una supremacía absoluta.

En el mundo primitivo no pueden prevalecer las ideas abstractas, porque el entendimiento en un principio se aparta poco del sentido y se halla ligado á lo particular. Una vez que aparece la noción del parentesco por la línea de varón, aquella no se hace inmediatamente objeto de la presunción genérica moderna *pater est is quem nuptiae demostrant,* sino que se representa de una manera enteramente propia de un tiempo no civil y *mudo,* ó sea obligando al padre á simular en el lecho el parto con sus dolores, con lo que se convierte en otra madre. Estrabón refiere que los iberos lo practicaban así. Apolonio dice lo mismo de los habitantes del Ponto Euxino; Diodoro y Plutarco afirman que los corsos y los de Chipre tenían la misma usanza. Marco Polo observó este hecho en el Asia Oriental, y ahora se encuentra en la América del Sud

y en la costa occidental del Africa. En Madagascar, en la Guinea inferior y en otras regiones se practica la ceremonia de la identificación de la sangre; por la cual se establece una cognación aparente y se reconoce la paternidad. La ceremonia consiste en hacer pasar mediante dos ligeras incisiones un poco de sangre de las venas de un individuo á las de otro y en beber alguna gota de la misma. Esta identificación de sangre se denomina *Fatti Draha* en Madagascar.

El tipo patriarcal se desarrolla entre los semitas en la familia hebrea y entre los arios en la familia india asociada, en el γένος helénico, en la familia agnaticia romana, en el *sept* céltico y en las comunidades domésticas teutónicas y eslavas. Maine, en sus *Instituciones primitivas,* expone con claridad y con precisión la organización del *sept* irlandés, y en los *Estudios sobre el antiguo derecho y la costumbre primitiva* ilustra las comunidades domésticas de la Europa Oriental, sirviéndose de las importantes investigaciones de Bogisic, contenidas en el libro *El Derecho consuetudinario de los eslavos meridionales.* La familia irlandesa se divide en *geilfine, deirbhfine, iarfine* é *indfine,* es decir, en cuatro clases, la más joven de las cuales, la *geilfine,* comprende cinco personas y las otras comprenden doce, cada una cuatro. Cuando tiene lugar un nacimiento en la *geilfine,* el más antiguo de sus miembros pasa á la *deirbhfine*, el más anciano de la *deirbhfine* pasa á la *iarfine,* y el más anciano de esta última pasa á la *indfine.* El más viejo de la última clase sale de la organización, porque los miembros de la familia tienen que ser diez y siete. La palabra *geifine* equivale á los vocablos latinos *manus, familia;* la voz *deirbhfine* significa verdadera familia; *iarfine* quiere decir familia posterior, é *indfine* quiere decir última familia.

Parece que el principio de la distinción sea el concepto de la patria potestad, porque la *deilfine* se compone del padre, de cuatro hijos naturales ó adoptivos sometidos á su inmediata autoridad, y los otros grupos contienen descendientes emancipados, cuya dignidad disminuye siempre en razón de la distancia del grupo verdadero ó típico. Entre esta especie de familia y la romana, que tienen la base común en la autoridad patria, existe, á más de otras diferencias notables, la referente á la institución de la emancipación, que es sistemática en la familia irlandesa y puramente arbitraria en la familia romana. La misma costumbre inglesa según la cual el hijo más joven, y no el primero, hereda algunas posesiones de su padre, se explica con la permanencia de dicho hijo en la casa y con la carencia de emancipación. Todos los demás hijos se separan de la casa y son emancipados; el último se queda con el padre y depende de éste. La comunidad doméstica de los eslavos meridionales es unión de familias naturales provinientes de un común antepasado ya muerto. Estas familias esencialmente patriarcales son gobernadas por el ascendiente más viejo; el parentesco por la *gran sangre,* como dicen estos pueblos, es el agnaticio, el parentesco por medio de las mujeres, y por la *pequeña sangre,* no tiene valor. El predominio de la *agnatio* es el testimonio más seguro de la descendencia masculina. Bajo un aspecto, tales comunidades son democráticas, porque cada uno de los miembros tiene derecho á ser alimentado, vestido y alojado por la corporación; tiene también voz deliberativa en la asamblea ó *Skuptchina,* que se tiene bajo la presidencia y la dirección de los más ancianos. Bajo otro aspecto, parecen despóticas, porque el conjunto de las cosas se en-

cuentra en último resultado en manos de los jefes de casa ó *Domacin,* que es unas veces el primer hijo del difunto jefe, otras el hermano, y otras una mujer hábil. La elección se halla en parte regulada por las exigencias de la sangre y en parte por las necesidades de la vida; lo cual se observa también en la familia india asociada y en el *sept*. El capital de cultivo ó de empresa de la comunidad es inalienable, semejante á las *res mancipi* de los romanos, que formaban el capital originario de las comunidades agrarias del Lacio. El *peculium,* que en un principio consistía en alguna cabeza de ganado distraída del fondo común, obra como fuerza disolvente de la corporación, de la propia manera que sucede entre los indios y los romanos. Las hijas tienen derecho á casarse y á tener una dote, gozan de cierta libertad en la elección de esposo y conservan como mujeres en la casa en donde entran lo que aportan á título de peculio ó de propiedad personal, la cual se transmite á veces á los herederos femeninos por un orden particular de sucesión. Es muy larga la lista de los impedimentos matrimoniales provenientes del parentesco, que se finge de muchas maneras. Existe la adopción de individuos y de familias y una serie curiosa de afinidades convencionales y espirituales. En el mundo primitivo predomina el prejuicio de que los hombres no ligados entre sí por vínculos de sangre sean enemigos ó esclavos.

De todo cuanto queda expuesto se pueden sacar especialmente dos ideas. La más inmediata es la de la derivación del grupo patriarcal, que Maine cree primitivo juntamente con el de la administración paterna de la propiedad en interés de la familia. Spencer nota con razón que la existencia de tal sistema no se puede conciliar con el hecho del *jus vitae ac necis*

del padre en tiempos remotos. No puede admitirse que el salvaje egoísta, privado de toda idea de justicia y de todo sentimiento de responsabilidad, administre los bienes en interés de la familia. Y si en el grupo patriarcal se encuentran muchos animales domesticados, es de creer que tal grupo no sea primitivo, por cuanto la domesticación requiere no poco tiempo. La otra idea contiene la única ley del desarrollo de la propiedad y de la familia, de los derechos reales y de los derechos personales, ley que se observa en otras ocasiones. En un principio sólo existía comunidad de mujeres y de bienes; el parentesco era una relación entre el individuo y la horda, la cual concentraba en sí la propiedad. Después la comunidad comenzó á restringirse, apareció primero la familia femenina y luego la masculina y la propiedad no correspondió ya al común sino que se asignó á la casa, fué un verdadero *dominium a domu*. Con el progreso de los tiempos, el individuo se emancipa de la potestad patriarcal, y llega á obtener aquella libertad tan extensa que existe, por ejemplo, en la familia de los Estados Unidos. En estas comarcas, los jóvenes de quince ó diez y seis años eligen con toda independencia sus carreras, y obran también con la mayor libertad; las jóvenes salen por la calle y viajan solas y elijen libremente sus esposos. El individuo ha destruido también los fideicomisos, los mayorazgos y muchas otras limitaciones establecidas en interés de la conservación de la familia; el mismo ha proclamado también el carácter absoluto de su propiedad. La relajación de los vínculos de familia marcha paralelamente al egoísmo de la propiedad.

La evolución es individuación progresiva y creciente intimidad. Ahora, el parentesco es esencialmente

evolutivo, porque comienza siendo genérico y se va especificando poco á poco, se diferencia en una larga y continua serie de grados desconocida para el mundo primitivo; se hace más sentido y más íntimo, pasando del estado de homogeneidad y de incoherencia al de heterogeneidad y coherencia. La gran extensión del parentesco primitivo era enteramente superficial. Formada la familia, el parentesco se manifestó en una esfera menos amplia, pero acrecentó la riqueza de líneas, de ramas, de grados, y se convirtió en un vínculo más profundo. A medida que pasa tiempo, adquiere el parentesco mayor variedad é intimidad, progresa cualitativamente, porque la vida promiscuitaria es, bajo el aspecto ético, inferior á la familia femenina, y ésta es, á su vez, inferior á la familia patriarcal, que se funda en último resultado sobre la doble certeza del padre y de la madre. Los diferentes sistemas de parentesco se suceden unos á otros verificando luchas y adaptaciones; y el predominio del uno ó del otro es siempre elección del mejor en la historia. La promiscuidad, lo mismo que la misma familia femenina, no son favorables á la conservación y desarrollo de la sociedad, porque faltan los profundos vínculos domésticos, los de la subordinación y el culto de los antepasados. Los hijos quedan encomendados á sólo los cuidados de la madre, la cual, débil, no se halla en condiciones para poderlos proteger eficazmente; los padres, llegados á la vejez, se encuentran sin el apoyo de los hijos y de las mujeres. La poliandria tiene la ventaja de contener el excesivo incremento de la población; pero no puede durar mucho tiempo, porque impide la fecundidad, y además carece de fuerza de cohesión, puesto que la falta de subordinación entre los padres hace imposible la buena educación de los hijos y causa

daño á la sociedad. La poligamia, efecto en algunos países del honor que deriva de la posesión de muchas mujeres, y en otros de la utilidad de tener muchas esclavas, es superior á la poliandria. En la poligamia los vínculos entre los padres y los hijos se consolidan, se forma una línea de ascendientes varones, se practica el culto de los antepasados y se favorece la estabilidad política con la transmisión del poder dentro de la misma familia. La poligamia disminuye la mortalidad de los niños por efecto de los cuidados maternos y paternos y colma rápidamente las lagunas que dejan en la población los hombres muertos en la guerra. Su gran inconveniente está en las discordias entre las mujeres y entre los hijos. La monogamia es una necesidad en las regiones en donde el género de vida exige la dispersión de la tribu sobre una vasta superficie; la extensión de la monogamia depende de las fases del concepto de propiedad, de la igualdad numérica de ambos sexos y de la experiencia de los beneficios que proporciona. En efecto, la monogamia determina perfectamente las relaciones entre los padres, los hijos y los parientes en todas las líneas, produce la paz y la cohesión, perfecciona la crianza y la educación y es más fecunda que la poligamia en los casos normales en que los hombres no son mucho más raros que las mujeres. Spencer demuestra la conexión de la poligamia con las sociedades militares y de la monogamia con las sociedades industriales. En las primeras domina la guerra, es frecuente el rapto, es excesivo el número de las mujeres por efecto de los hombres que mueren en las luchas entre tribu y tribu, es constante la reputación de valor proveniente de la posesión de varias mujeres robadas al enemigo, y predomina el carácter despótico del guerrero. En las segundas pre-

domina el principio de libertad y de cooperación voluntaria. A medida que el militarismo declina y el industrialismo se extiende, la cifra de los sexos se aproxima á la igualdad y se generaliza la monogamia; cesa el poder despótico del padre y la vida de los hijos se hace sagrada y se desarrolla con libertad.

El parentesco, sea cualquiera su forma, procede del amor, el cual se halla también sujeto á la ley de la evolución. El amor tiene sus edades, su progreso y su historia: comienza corriendo sobre una extensa superficie sin detenerse nunca, y en esta fase se muestra muy vago y externo: es alado y á cada momento se sirve de sus alas. Después reposa, se circunscribe, se hace más concreto y profundo, se aproxima á la civilización; antes bien, se individualiza y no admite compañía. El amor se enriquece, comprende nuevos aspectos del objeto y de la persona amada, á medida que el hombre se desarrolla y se va haciendo más complicado. La monogamia es la plena individualidad del amor, es la selección del amor humano. El amor que se muestra en la poligamia y en la poliandria, en las cuales el hombre no se entrega entero á la mujer y la mujer no se entrega toda al hombre, no se comprende todavía á sí mismo. El amor vago y no ajeno á aquella fe que se contenta con el plural, es realidad primitiva.

Una vez que el proceso de especificación haya llegado en la familia al extremo límite, ¿dará por resultado la terminación de aquélla? Muchos creen que el hecho es posible, alegando como prueba el antagonismo entre la sociedad y la familia que se observa en las especies animales y aun en la especie humana. La experiencia—dicen—nos enseña que allí donde se manifiesta más desarrollado y más vivo el instinto social, la familia es siempre unidad menos fuerte y poco du-

radera; y que, al contrario, allí donde el sentimiento de familia comprende toda la actividad de sus componentes, la sociedad sufre y se ve amenazada de anemia. Añaden que no es posible afirmar que la sociedad derive de la familia, porque el amor sexual es por sí mismo egoísta y exclusivo y porque hay asociaciones de animales del mismo sexo ó de sexo diferente, pero no aptos para la generación. La misma sociedad política no es un desarrollo de la familia, por cuanto la una prescinde de los vínculos de cognación y la otra no, la una se funda sobre el principio de la retribución según el mérito y la otra sobre el principio de la asistencia al débil y al que no se halla en disposición de proveer por sí mismo á las necesidades propias. Nosotros creemos que la individualización y la intimidad crecientes en el sistema del parentesco, no podrán producir nunca la terminación de la familia; tales hechos no significan más que el parentesco se va poco á poco concentrando en los límites de naturaleza y que la libertad de las partes en este organismo ético se va mostrando cada vez más. La restricción del parentesco, la mayor intensidad de los vínculos domésticos y la emancipación de las personas singulares del predominio despótico del jefe de familia no son los fenómenos propios del fin del núcleo familiar. El núcleo se conserva más limitado, más íntimo, adquiere un carácter más elevado en cuanto se funda sobre el matrimonio monogámico y reconoce ampliamente la libertad de los elementos, manteniéndose siempre íntegro y firme. Si tal libertad se extralimita, hay que limitarla y armonizarla con el principio de autoridad para que el núcleo se conserve. Un organismo ético que se aproxima cada vez más á su tipo y se conforma con las leyes de razón, no está destinado á desaparecer, sino que tiende á perseverar

existiendo, á subordinarse á una comunidad superior, como la naturaleza y la razón dictan. En la especie humana la sociedad y la familia no están en antagonismo, porque la sociedad primitiva se halla constituida por el parentesco, entendido ampliamente, esto es, tanto como parentesco natural y de sangre cuanto como parentesco civil y ficticio. Los miembros de las primeras comunidades civiles y políticas están ligados entre sí por vínculos de cognación verdadera ó fingida; bastante tarde el hecho de la habitación y de la vida común llega á ser el fundamento de la ciudad y del Estado. Las hermandades religiosas y guerreras de los tiempos remotos adquieren todas el carácter familiar. La primitiva sociedad se considera también como familia ampliada. Ahora, si es cierto que el sentimiento social entre los hombres nace del sentimiento de familia, no es posible negar que el mismo se ha distinguido con el tiempo y ha tenido un desarrollo propio, dependiente de causas particulares.

La sociedad y la familia tienen funciones diversas, no se excluyen, sino que se completan: la sociedad es comunidad de intereses civiles que se eleva á unión política; la familia es comunidad fundada sobre el afecto y sobre la piedad doméstica. La una es más amplia y más elevada que la otra y completa á ésta bajo diferentes respectos, ora reforzando las actividades individuales con cambios recíprocos de servicios, ora organizando el todo ético en sus singulares elementos. La familia sin la sociedad civil y sin el Estado es un núcleo incompleto y muy rudimentario; la sociedad civil y el Estado no se conciben sin la familia, porque son dos formas de comunidad que traen origen de la misma. La idea de la comunidad humana se despliega de varias maneras y recorre diferentes grados, según

que parta del afecto hacia el interés y desde el interés se eleve hasta la razón; el afecto, el interés y la razón constituyen las tres bases de la unión humana y determinan las formas de ésta. Con sólo el principio sobre que se asienta la familia, la sociedad estaría mal organizada y se disolvería, porque la asistencia se extendería aun á aquellos casos en que puede ser injusta y peligrosa, consolidando, aumentando y agravando el mal que proviene de la culpa individual. Con sólo el principio sobre que se apoya la sociedad, ó sea con la retribución según el mérito, no existirían los cuidados asiduos para aquella porción de la especie humana, que sin su culpa, es incapaz de proveer á sus propias necesidades. La sociedad no cumpliría sus deberes y no conseguiría sus fines. La familia vivirá tanto cuanto viva la persona individual, cuando duren los sentimientos y las ideas que se refieren á lo *querido* y á lo *propio*. Familia y sociedad son términos que se encadenan y se presuponen; y en la especie humana proceden en razón directa, porque la perfección de la familia influye sobre el desenvolvimiento moral de la sociedad civil y del Estado, y las buenas organizaciones civiles y políticas no pueden menos de traer grandes ventajas á la vida de la familia. En otros términos, cuanto más se eleva éticamente la familia, tanto más se aprovechan de esta elevación la vida social y la política; y cuanto más se aproximan la sociedad y el Estado á sus verdaderos fines, tanto más se beneficia á la familia. Lo cual no impide que los dos términos, que son distintos, se opongan alguna vez. En efecto, algunas veces ocurre que la sociedad absorba á la familia ó que la familia llegue á absorber á la sociedad.

CAPÍTULO XVIII

La sociedad conyugal.

La familia se compone de dos sociedades íntimamente ligadas entre sí, una de las cuales germina en el seno de la otra, á saber: de la sociedad conyugal y de la de padres con hijos, que se llama paterno-filial. La sociedad conyugal es objeto del derecho matrimonial, la otra es materia del derecho doméstico.

Según Aristóteles, toda sociedad ú organismo ético surge y se conserva por un vínculo, por una afección común, por amistad de las partes; el amor, fundamento del matrimonio, es amistad sugerida por la naturaleza y acompañada de la concupiscencia. Se nos muestra considerando á alguno como causa de la propia felicidad, viendo el complemento del propio ser en otro, y en la necesidad de vivir y revivir en otros. Este mismo concepto se halla velado en la fábula de la división en dos partes del hombre primitivo y andrógeno, especie robusta y audaz compuesta del uno y del otro sexo y del imaginario encuentro de las dos mitades, separadas por temor de los dioses, los cuales se unen espontáneamente, según se lee en el *Convite* platónico. El amor puede decirse, mediante la generación, el conato del mortal á hacerse inmortal, como

nota Sócrates en el mismo diálogo. Ahora, el amor, origen del matrimonio, no es el niño alado del mito, pues si así fuera, la unión conyugal sería fugitiva; ni es el impulso á la producción de lo bello en una alma bella y en un cuerpo bello, como afirma Platón, porque de esta manera se separaría de la tendencia natural á la generación y podría tener lugar entre individuos del mismo sexo. El amor es inclinación sensible, afecto, apetito completamente transfigurado por la razón; el apetito fugaz se eleva á sentimiento duradero, á voluntad constante, convirtiéndose en deber, en fidelidad y en sacrificio mutuo. Aquí, como siempre, el pensamiento es lo que hace necesario y permanente el elemento sensible. Platón no comprendió bien la naturaleza del amor porque admitió la comunidad de mujeres; mientras que el verdadero y concreto amor es un sentimiento que no tolera compañía. Aristóteles sí tuvo el verdadero concepto del amor, considerando al matrimonio como unión exclusiva, durable y divina, en cuanto resulta de la compenetración de los dos caracteres opuestos del hombre y de la mujer. Este concepto lo tuvieron también los jurisconsultos romanos, que definieron las *nuptiae* como *conjunctio maris et foeminae consortium omnis vitae, divini et humani juris comunicatio,* y como *conjunctio viri et mulieris individuam vitae consuetudinem continens.* Hegel escribe acertadamente que Kant presenta el matrimonio en su inverecundia cuando lo define como vínculo de dos personas de diferente sexo para la mutua y constante posesión de sólo las facultades sexuales.

Rosmini escribe sobre este particular páginas admirables. Siendo el hombre, dice, uno é idéntico, adviértese en él una continua tendencia á reducir á uni-

dad la pluralidad. Y como la pluralidad reducida á unidad en el objeto place al entendimiento que la contempla, relativamente al cual toma el nombre de bello; la pluralidad reducida á unidad en el sentimiento place al sentimiento y se denomina bien eudemónico. Lo bello es la pluralidad reducida á unidad en el mundo ideal. Quizá esta idea de lo bello de Rosmini, cuya fuente se halla en la doctrina leibnitziana, no satisface á todos por ser formal; también en la conciencia y en el conocimiento se da esta reducción de lo vario á lo uno que se observa en la belleza. La diferencia específica entre verdad y belleza se encuentra en la imaginación estética, en la fantasía que reviste los conceptos de las más adecuadas formas sensibles. La unificación, prosigue el citado filósofo, que el hombre hace consigo mismo de las cosas produce el hecho singular de la propiedad, y la unificación de las personas produce el hecho también singular de la sociedad, principalmente de la sociedad conyugal. Pues el matrimonio es la unión, no ya de cosas, sino de personas humanas, es la unión plena y perfecta, según naturaleza, entre los individuos humanos de diferente sexo. De donde se sigue que los dos sentimientos del marido y de la mujer deben corresponderse tan bien en todas sus partes, que el uno se complete en el otro. Debe el sentimiento espiritual responder al sentimiento espiritual, el corpóreo al corpóreo, de manera que entre el uno y el otro individuo exista el triple vínculo del entendimiento, de la voluntad y del cuerpo. En la sentencia *erunt duo in carne una*, las primeras palabras *erunt duo* expresan la individualidad y la imposibilidad de que dos personas se confundan; las otras *in carne una* expresan la unidad de la vida. Como la conjunción de los sexos es conjunción vital, no material, en este acto

parece que de los dos sentimientos fundamentales de los individuos se forma uno solo. La unión entre el hombre y la mujer tiene lugar conforme á razón cuando el vínculo del entendimiento y de la voluntad precede al vínculo de los cuerpos, que es un complemento y un apéndice de aquél. El ser humano que se une á otro ser humano debe unirse en cuanto es hombre, en cuanto es inteligente, porque toda unión ordenada y estable debe comenzar por la cúspide de la naturaleza humana y descender luego á las otras partes, si es que los que se unen no quieren someter la razón al capricho. De aquí resulta la ilegitimidad del concubinato, que la ley no puede reconocer, por cuanto ésta debe tener un contenido ético. Un derecho matrimonial ajeno á la moralidad es la razón de la parte más fuerte, es la pretensión del varón y la deshonra legal de la mujer. Esto supuesto, es claro que el matrimonio tiene un fin primario, que consiste en la plena unión personal, y un fin secundario, la generación. La unión personal constituye el primer fin, porque no hay matrimonio sin ella; la generación es fin secundario, porque el matrimonio existe siempre, á pesar de la esterilidad de la conjunción. La generación fué el fin primario en la época del Antiguo Testamento, en la cual se disolvían las uniones estériles; desde el Nuevo Testamento predominó la unión personal como fin esencial y primario.

De la idea expuesta del matrimonio resultan sus condiciones y los impedimentos. La primera condición es, sin duda, la edad necesaria para la *conjunctio maris et foeminae* y para el *consortium omnis vitae*. Para celebrar nupcias son precisas la capacidad física y la madurez moral; la ley debe evitar, en cuanto pueda, que se despierten apetitos precoces y se cele-

bren matrimonios con ligereza; la segunda condición, que se enlaza con la primera, es el consentimiento de los padres hasta una edad en que se presume en los hijos un completo discernimiento de sus actos y de las relaciones de la vida. Como la negativa de los padres puede ser arbitraria en algún caso, se ha establecido el recurso ante la autoridad judicial. El consentimiento del Estado ó de uno de sus órganos para las nupcias de individuos pertenecientes á algunas clases, por ejemplo, á la de los asalariados y proletarios, es violación de uno de los derechos más sagrados de la persona individual, esto es, del derecho de buscar, con la mayor libertad y dentro de los límites de lo lícito, el propio complemento en otros. Las legislaciones que han exigido este consentimiento para disminuir el exceso de población, reproduciendo el pensamiento político pagano, han influido de una manera notable en el aumento de los nacimientos ilegítimos. No puede decirse lo mismo de la licencia concedida por el poder gubernativo para el matrimonio de los militares, porque tal licencia se relaciona con la disciplina y con los fines del ejército. La tercera condición se refiere á la cognación. Es juicio del género humano—dice Rosmini—el repugnar el matrimonio entre descendientes y ascendientes, porque en el progreso que la naturaleza ha asignado al amor sexual, el hijo es el último término á que llega la actividad de aquel amor que en él cesa, porque ya se ha desarrollado y satisfecho. El cual progreso demuestra que debe ser contra la naturaleza el que el amor sexual comience precisamente allí donde la naturaleza lo hace terminar, esto es, en el hijo. Cuanto á la cognación transversal, si se considera el instinto humano en su perfección, es evidente que impulsa á los hombres bas-

tante más á unirse con personas con las cuales no tenga parentesco, ó que tengan un tronco común tan lejano, que se haya perdido ya su memoria. La razón de esto se halla en que, cuando se tiene vivo y presente en la memoria el tronco común, parece que se le ve reproducido en los hijos. Ahora, viéndose en éstos la imagen paterna, parece como que se contraiga matrimonio con el padre común cuando se contre con el hermano, en el cual se imaginan los hombres que respira todavía el padre rejuvenecido. Si se considera la naturaleza del matrimonio, que hace de dos seres uno solo, se ve que los consanguíneos de uno de los cónyuges deben considerarse como parientes del otro. En la adopción, el adoptante tiene el sentimiento del engendrador y hace sus veces, y el adoptado se considera como hijo. A este nexo de la cognación legal debe aplicarse lo que se ha dicho del impedimento resultante de la cognación en línea recta. En general, los motivos intrínsecos de la prohibición de las nupcias por razón del parentesco, además del que ya hemos expuesto (ó sea que el matrimonio es idealmente unión de elementos diferentes y no homogéneos), pueden reducirse principalmente á dos: la tutela de la moralidad en la familia, y los perjuicios provenientes de los matrimonios entre consanguíneos, cuyos descendientes son de ordinario débiles, enfermos, predispuestos á la enajenación mental, y no pocas veces sordomudos. Estas uniones favorecen no poco la herencia patológica, según lo atestigua una larga y constante experiencia. La prohibición no es absoluta, habiendo lugar á dispensa excepcional cuando el vínculo del parentesco no es demasiado íntimo y cuando concurran graves razones de conveniencia doméstica. Así, en la línea colateral, si el matrimonio

entre hermanos y hermanas está siempre prohibido, puede á veces permitirse entre afines en el mismo grado, entre el tío y la sobrina, ó entre la tía y el sobrino. En muchos casos debe tenerse en cuenta lo que haya de individual y de relativo en las relaciones de familia. La cuarta condición se refiere al atentado á la vida de un cónyuge. Semejante atentado constituye un impedimento, porque el matrimonio no puede ser éticamente el premio de un delito. La quinta se refiere á las formalidades solemnes prescritas bajo pena de nulidad, y que sirven para dar certeza y publicidad al matrimonio.

Fácil es comprender que los impedimentos derivan de la falta de condiciones. Los impedimentos se llaman dirimentes cuando producen la nulidad absoluta ó relativa del matrimonio. Los dirimentes que producen nulidad absoluta, esto es, tal que pueda pedirla cualquiera que tenga en ello interés son, por ejemplo, la falta de edad y el preexistente vínculo conyugal. Los dirimentes que producen nulidad relativa, es decir, que sólo pueden pedirla determinadas personas, son el vicio del consentimiento y la impotencia. La persona que no puede cohabitar no puede contraer matrimonio, porque no existe el objeto específico de la unión. Esta impotencia debe ser manifiesta (ó sea, impotencia que pueda descubrirse y reconocerse por peritos); debe ser perpetua, no transitoria; anterior á las nupcias y existente en el momento del contrato. Los impedimentos se llaman impedientes si tienen relación con los requisitos no esenciales al matrimonio, y hacen que éste no sea completamente legítimo, pero lo dejan subsistente. De esta clase es el impedimento de la viuda, la cual no puede volverse á casar sino después que pasen seis meses desde la muerte de su

anterior marido, por cuanto puede hallarse en cinta. Esta teoría de los impedimentos es la misma que la de las condiciones para el matrimonio, por lo que pertenece no tan sólo al derecho positivo, sino también á la filosofía del derecho.

La costumbre de hacer preceder á las nupcias la promesa tiene un motivo justo, dice Trendelenburg; porque el tiempo que pasa entre la promesa y el matrimonio no tan sólo sirve para preparar éste, sino también para consolidar en los esposos, que comienzan á vivir más íntimamente, la voluntad de tenerse mutua fe; y también porque de esta manera es posible experimentar la tendencia al matrimonio, que no debe ser un sentimiento de novela ni un cálculo sin sentimiento. Pero la promesa de matrimonio, aun cuando protegida por el uso y por la fuerza de la tradición, no puede producir, en caso de incumplimiento, más efectos jurídicos que la indemnización de los perjuicios causados. Si contuviera una virtud jurídica mayor y pudiese constreñir al matrimonio, se pondría en contradicción con su propio fin, que es el de poner un cierto período de tiempo entre el momento que se promete y el del matrimonio, con el fin de inducir á los esposos á conocerse sus mutuos caracteres y su vocación para una vida más íntima.

El matrimonio es una institución ética, religiosa y jurídica. La legislación matrimonial ha sido objeto de larga y áspera lucha entre el Estado y la Iglesia; la cual consideró el Sacramento como esencia de la unión conyugal, y por eso avocó á sí la facultad de regularlo con cánones y con su fuero. El Concilio de Trento estableció la triple proclamación del matrimonio ante la Iglesia y exigió á los esposos la declaración de su voluntad delante del párroco y les im-

puso la necesidad de recibir la bendición. Siguiendo á Santo Tomás, se admitió que la forma del matrimonio consiste en el consentimiento de los esposos, y que la solemnidad la recibe de la bendición sacerdotal. A la época de la Reforma, los Estados comenzaron á reivindicar el derecho de legislación matrimonial. La primera vez que apareció el matrimonio civil fué en Inglaterra, con la ley de Cromwell, la cual encomendó á los jueces de paz la facultad de celebrar los matrimonios y les daba jurisdicción sobre los mismos: ley que defendió Milton y que cayó con las instituciones republicanas. En los países católicos imperaba el derecho canónico, al que el Estado dió fuerza coactiva. Algunos organismos regios en Francia y en el antiguo reino de Nápoles iniciaron la reivindicación del Estado; en Francia el matrimonio civil fué instituido facultativamente para los protestantes por Luis XVI. La Revolución, por medio de la Constitución de 1791 y de la Asamblea legislativa de 1792, consideró el matrimonio como un contrato cualquiera y prescribió la forma civil, haciéndola obligatoria para todos los ciudadanos. Al código corresponde el mérito de haber devuelto al matrimonio el carácter ético que le habían quitado las leyes de 1791 y 1792; el código estableció los impedimentos sobre la base de tal carácter, reafirmó el derecho de legislación matrimonial en el Estado y el poder del fuero secular, y prohibió la celebración del matrimonio religioso antes que el civil. El código francés fué introducido en Italia; pero luego que se verificó la restauración, se tornó más ó menos completamente el antiguo estado de derecho. El código italiano prescribe el matrimonio civil, pero deja á los esposos en libertad de contraerlo antes ó después del matrimonio religioso.

El Estado no es un poder ateo, sino laico: en materias religiosas es autoridad incompetente, y, por tanto, no puede considerar el matrimonio sino como contrato civil *sui generis*, aun reconociendo que la verdadera unión plena deba también ser vínculo divino. La incompetencia del Estado no es desconocimiento de la religión y de la Iglesia, ni indiferencia hacia esta clase de altos intereses, tan vivos y poderosos. En el Estado se contiene y se desarrolla la misma naturaleza del hombre, sobre la cual se funda esencialmente la religión; pero el Estado sólo comprende á la naturaleza humana bajo el aspecto jurídico. Debe impedir que el clero haga propaganda de máximas subversivas y fanatice á las muchedumbres, pero al propio tiempo no debe favorecer el desarrollo del ateísmo. El Estado, pues, no debe desacreditar el matrimonio religioso, antes bien le incumbe el deber moral de indicarlo como necesario complemento. Considerar el matrimonio como contrato civil, no significa rebajarlo á una compra-venta, á una sociedad ó á un simple contrato en que se busca la utilidad momentánea y el cambio de valores; sino en forma tal, más allá de la cual el Estado no tiene jurisdicción, importa reconocer la unión perfecta de dos personas de distinto sexo. El matrimonio como contrato civil tiene una naturaleza completamente particular por respecto al contenido y á los fines y difiere esencialmente de todos los demás contratos. El Estado no ejercita en el matrimonio tan sólo una función de garantía, sino que interviene como una alta potencia ética, órgano del derecho natural, pone en acto el concepto del mismo matrimonio y determina sus condiciones, teniendo además en cuenta las diferentes exigencias históricas de los pueblos. Por consecuencia, no puede, como desearía Trendelenburg,

abandonar el matrimonio á la custodia de la Iglesia sin abdicar; ni puede considerar la institución del matrimonio civil como recurso de los tiempos de lucha contra la Iglesia, según añade el mismo filósofo. El matrimonio civil no se reduce á un recurso, sino que es el matrimonio del derecho natural, para aquello que el Estado se halla en disposición de llevar á la práctica en las relaciones sociales sin salirse fuera de los límites de la propia competencia. Por idéntica razón no puede aceptarse la opinión de Rosmini, quien enseña que la ley debe sancionar las religiones admitidas en el Estado, conforme al principio de la libertad de cultos. Si el Estado siguiera este camino, no tendría un matrimonio propio, sino que se vería obligado á regularlo de formas muy varias y contradictorias, que son, sin embargo, su fundamento. Ni puede reconocerse, por el mismo motivo, el sistema del matrimonio civil facultativo, en virtud del cual los esposos tienen libertad de elegir entre la ceremonia religiosa y la forma civil, y si eligen la primera, sólo tienen la obligación de hacer la inscripción en los libros del registro civil de las nupcias celebradas ante la Iglesia.

Del mismo concepto resulta la legitimidad del castigo de los esposos y del sacerdote que celebran el matrimonio religioso antes que el civil. En este hecho se encuentran los elementos comunes del delito, ó sea el dolo y el daño. Seguramente que el matrimonio religioso, considerado en sí mismo, no es acto doloso, pero se convierte en tal en cuanto tiende á infringir el derecho declarado por el Estado, negando las relaciones entre dos cónyuges y los derechos de la prole que puede nacer, debilitando el sentimiento moral de los ciudadanos y originando gravísimos perjuicios á la doble familia. El matrimonio religioso es la efectua-

ción del verdadero matrimonio en uno de sus aspectos, y no una clase de concubinato; puesto que en éste no se hâce más que desfogar pasiones sensuales, pero no se contraen vínculos sagrados ni profanos ni se imponen consideraciones para con el público. Gabba, en su libro *Los Dos matrimonios,* ha observado perfectamente que los que se unen con el matrimonio religioso aspiran á una forma de unión moral sin querer someterse á obligaciones conyugales ni domésticas, reservando, como se dice, el porvenir. Con esto muchos se separan del matrimonio civil establecido por el Estado y se engendra la decadencia moral de la sociedad. La institución del matrimonio se ofende de esta suerte por los esposos con sus oblicuas intenciones y con el perjuicio á la doble familia, y se ofende también por el sacerdote que bendice tales uniones contrarias al derecho matrimonial declarado por el Estado. Como los esposos son la causa principal del acto, merecen pena mayor que el sacerdote. No puede apelarse á la teoría de la separación entre la Iglesia y el Estado, porque se violen las razones y las prerrogativas de éste; el clero puede tener interés en oponerse al matrimonio civil por sí, pero no á la prohibición de la precedencia del matrimonio religioso. Ni se invoque el principio de la libertad civil, porque á ésta no se le causa ninguna ofensa, en cuanto el matrimonio religioso no debe equipararse al concubinato. La prohibición elimina un cómodo expediente del egoísmo y de la prepotencia masculina, y es conforme á las normas de prudencia de todos aquellos que quieren celebrar el matrimonio con el rito religioso y ante el Estado, porque uno de los esposos podría morir antes del matrimonio civil é inmediatamente después de celebrado el religioso. En semejante hipótesis el otro esposo quedaría en una si-

tuación equívoca, no definida y dañosa. Creemos, sin embargo, que debe establecerse una excepción para el matrimonio *in extremis,* el cual es un medio de tranquilizar la conciencia del moribundo, y, por consiguiente, no debería producir pena para los esposos ni para el sacerdote. Verificada la curación de aquel de los esposos que se hallara en grave peligro de muerte, tendrían aquéllos la obligación de realizar, dentro de cierto tiempo, el matrimonio civil, con la conminación de cierta pena para el caso en que no lo realizaran. Claro está que no teniendo culpa el sacerdote, no debería ser castigado cuando tiene lugar la transgresión de esta obligación. Además de la prohibición, el Estado debería establecer la pérdida de los derechos que por ley ó por disposición del hombre produce la viudez. La *conditio viduitatis* presupone la voluntad del cónyuge difunto de que el otro cónyuge conserve la fe conyugal y no la viole. Ahora, si el supérstite contrae matrimonio religioso, esta fe no se guarda. No puede decirse lo mismo del concubinato, que es unión ilícita, porque el cónyuge difunto ha confiado en la honestidad del otro, sigue su suerte, para emplear una frase del derecho de obligación, y la ley no puede penetrar en la esfera de los juicios y de la apreciación de las personas.

Entre los cónyuges existen muchas relaciones, gran parte de las cuales no sale de la esfera incoercible de las costumbres. El derecho sólo sanciona las que son susceptibles de coerción, como las obligaciones de la convivencia, de la fidelidad y de la asistencia. En la familia se necesita, sin duda alguna, un gobierno, para evitar la inacción y la anarquía, y este gobierno lo debe constituir la ley, fundándose en la naturaleza del hombre. Lo cual implica el reconocimiento de los

cónyuges ó de los padres como jefes, encomendándoles la potestad de regir la suerte de la sociedad doméstica. Pero ¿debe la ley dar el predominio al marido y al padre? ¿Es conforme á la razón el instituto de la autorización marital en algunos actos importantes de la mujer, como en la enajenación de los inmuebles, en los mutuos, en las donaciones, etc.? Platón vió idéntica naturaleza en el hombre y en la mujer, con diversidad ingénita de funciones, pero que no se revela completamente por el influjo de todos los supuestos de su pensamiento político. Por el contrario, Aristóteles declaró con gran precisión la diferente naturaleza de los sexos y la concibió juntamente con la unidad como determinación divina. Observaba en la cooperación conyugal que el hombre es más fuerte y más apto para la defensa y para la adquisición que la mujer, mientras que ésta es cauta, tranquila, casera, conservadora, implora socorro y garantía contra la injusticia, máxime contra la que procede de uniones ajenas. Si Platón acentuó más la identidad de naturaleza entre los sexos y no vió completamente las diferencias, Aristóteles advirtió más estas últimas que aquélla. Jenofonte y Plutarco tuvieron en la debida consideración dichos elementos, que desarrollaron de un modo práctico en sus sentencias y en sus razonamientos. Jenofonte decía que Dios destinó al hombre y á la mujer á sociedad de seres libres, pero añadía que la mujer tiende por naturaleza á los cuidados internos de la familia y el hombre á las ocupaciones externas. Plutarco reconocía que en las artes imitativas, en la poética y en la virtud las mujeres han igualado á los hombres en mérito; pero no quería alabar el que los hombres fueran semejantes á las mujeres ni las mujeres á los hombres. Entre los romanos, la idea de

la identidad de naturaleza y de la igualdad de los derechos entre los dos sexos fué la base de su doctrina y de sus instituciones en los tiempos humanos. En nombre de la igualdad de los sexos combatía Cicerón la ley Voconia, que excluía á las mujeres de las mayores herencias testamentarias. Séneca creía que el deber de la fidelidad no era menor en el marido que en la mujer. Sin embargo, los romanos fueron adversarios de la ingerencia política de la mujer, que dijeron era *domiseda*. El cristianismo proclamó el principio de la unidad de naturaleza del hombre y de la mujer, porque Dios sacó á la mujer de Adán y quiso que tuviera el mismo nombre; y al propio tiempo admitió la superioridad del hombre, significada por este mismo hecho y por las palabras del Apóstol: *Vir caput est uxoris, mulier autem gloria viri est*. San Agustín llamaba injusta, lo mismo que Cicerón, la ley Voconia, y consideraba el adulterio del marido como acto más grave que el de la mujer. San Jerónimo escribía: *Apud nos quod non licet foeminis, aeque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur*.

Se ha dicho, y con razón, que por respecto al cuerpo el hombre es superior á la mujer en lo que el cuerpo tiene de más potente, y la mujer es superior al hombre en lo que tiene de más delicado. El mayor desarrollo del sistema óseo y muscular, el pecho ancho y el cerebro voluminoso harán siempre que el hombre venza en la lucha por la vida. Y si no se admite que el cerebro del hombre es más voluminoso, no se niega que sea más rico en circunvoluciones. La mujer se distinguirá siempre por la mayor excitabilidad del sistema nervioso, por el flujo sanguíneo que regulariza mensualmente su vida física y espiritual, manteniendo su frescura, y por el peso de la maternidad,

que tanto modifica su existencia. Por respecto al alma, es de observar con Beneke que en el hombre tiene mayor fuerza é intimidad la representación, la conciencia de sí está más desenvuelta, la reflexión es más sostenida, la firmeza, la coherencia y la seriedad son mayores, y la acción es más compleja y difícil. Por el contrario, en la mujer predomina el sentimiento sobre la representación, y con él la memoria y la imaginación; en su mente dominan las ideas que se refieren al mundo exterior y á la vida en los demás seres humanos; tiene menos reflexión y menos potencia abstractiva. Sus intuiciones relativas á las cosas del momento son más finas y se asocian á mucha malicia y destreza. Se notan en ella mayor movilidad, mayor delicadeza, timidez, flexibilidad y abnegación. En la mujer se advierten más las sacudidas repentinas del sentimiento, ó sea los afectos, que las fuertes, largas y calculadoras pasiones, propias del hombre. El hombre llega á formar ideas generales con la mente, mientras que la mujer llega á ellas con dificultad, y siempre por la vía del corazón, sin poder adquirir la facultad creadora, sin poder elevarse hasta el genio. La mujer siente más que percibe la verdad, y lo individualiza todo. Por la historia vemos que presta más atención á los caracteres singulares que á las causas universales; y en la benevolencia se inclina más á la caridad, aliviadora de sufrimientos particulares, que á la filantropía, la cual previene los dolores y se extiende sobre masas de hombres. En los negocios el hombre especula más que la mujer y gana más, mientras que la mujer conserva mejor y sobresale en la dirección de la casa.

Stuart Mill, el escritor moderno más renombrado de entre los que sostienen la tesis de la emancipación de

la mujer, en lo cual discuerda de Comte y de Spencer, concibe la armonía de los sexos como resultado de la identidad abstracta de naturaleza y de la simple oposición orgánica. No tiene en cuenta que las originarias é importantes diferencias del organismo no se pueden transformar, según lo enseña la experiencia, en determinaciones psicológicas; y que si la diferencia entre el hombre y la mujer se redujera á oposición de órganos, no habría más tonos que uno, y no existiría la verdadera armonía, tanto más efectiva cuanto mayor variedad de elementos reune. Stuart Mill cree que la causa de las diferencias psíquicas entre los dos sexos está en la educación. Pero en este caso la educación no sería el desarrollo natural auxiliado por el arte, sino importación exterior contra naturaleza, signo contradictorio en el alma femenina, la cual se supone como una *tabula rasa,* signo que se ha perpetuado á través de los siglos. Lo cual es exagerar desmesuradamente el poder de la educación cuando sale de los límites naturales. Huxley nota sobre este particular que la antigua ley sálica de la naturaleza no será jamás derogada y no ocurrirán cambios en la dinastía. Ni aun el más convencido discípulo de Darwin—añade—se atreverá á afirmar de un modo serio que con un sistema diferente de educación pueda llegarse á suprimir los obstáculos físicos, por virtud de los cuales las mujeres han sido siempre inferiores á los hombres en la lucha por la vida. Y Spencer afirma que con el progreso de la civilización el carácter masculino y el femenino habrán de modificarse para adaptarse á exigencias sociales más elevadas, y especialmente en las mujeres desaparecerán ciertas cualidades mentales y morales originadas por la necesidad de defenderse contra la prepotencia de los hombres en los tiempos de barbarie; mas las ap-

titudes y las actividades originarias de los dos sexos no desaparecerán. Además, Mill se equivoca al identificar la forma de la sociedad familiar con la de la sociedad de comercio, en la que la dirección se encomienda á los más expertos y no viene impuesta por la ley; pues la familia es una sociedad de desiguales y tiene una esencia ética más alta que la mera asociación por y para los cambios, supuesto que comprende las relaciones entre los cónyuges y entre padres é hijos, relaciones que afectan á las partes más íntimas de la persona humana.

De lo cual resulta que la institución de la autorización marital no repugna á los principios de razón, siempre que se la organice sobre la base de la prescisión de la incapacidad femenina y se haga difícil el arbitrio del marido. El fundamento moderno de la institución es la idea de la unidad de la familia: la libertad de la mujer se limita, no en cuanto mujer, sino en cuanto casada. Si es cierto que entre los dos sexos debe existir igualdad de derechos civiles, también lo es que en la familia no deben faltar las reglas de órden, de armonía y de conservación. La unidad se obtiene con el predominio de la voz del marido, el cual posee la fuerza, y como tal, no puede ser más que jefe ó mercenario y tiene una inteligencia más amplia, más profunda y más constante que la de la mujer. Por tanto, la dirección general de la familia corresponde al hombre; á la mujer, dotada de un espíritu más dado á los particulares, le queda el gobierno de la casa, el cual, aceptado como deber y no como carga prosaica y fastidiosa, es un campo vastísimo donde se cruzan y armonizan hermosamente la gracia, el gusto, la virtud del ahorro y la piedad doméstica. El marido debe proteger á la mujer, y la protección sería vana si no

pudiera impedirla que disipase su fortuna. Contra la irracional negativa del marido debe poderse acudir á la autoridad del juez, cuya intervención tutelar es necesaria siempre que se trate de asuntos en que el marido tenga particular interés. Se ha observado perfectamente que, suprimida tal intervención so pretexto de emancipar á la mujer, se la convertiría en esclava de los caprichos de un marido derrochador ó especulador arriesgado. La mujer, con tal de tener paz en casa, se resigna de ordinario á sacrificar su patrimonio y presta para ello su consentimiento. En los tiempos antiguos, la autoridad marital era casi la consecuencia de la potestad dominical, de la convicción relativa á la inferioridad de la mujer y del poder de defensa del derecho germánico. En la India y en Roma, las mujeres, incapaces para la patria potestad, se hallaban sujetas á perpetua tutela. En el derecho ático, el poder que el marido, el padre y el abuelo ejercían sobre la mujer tenía un carácter de defensa muy semejante al que tenía el *mundium* entre los germanos. Por el contrario, la *manus* y la *patria potestas* de los romanos se referían al *dominium*, del cual eran formas. Con el transcurso de los años la *manus* se debilitó, máxime en la época antonina, y empezó á predominar en cierto modo la tendencia á la igualdad jurídica de ambos sexos. El derecho canónico no podía olvidar que la mujer había nacido de una costilla del hombre, y no favoreció por eso la tendencia romana. Por otra parte, existía el *mundium* del derecho barbárico, ejercitado primero por los parientes de la mujer y luego por el marido. De esta manera se originó una transacción por virtud de la que á la mujer no casada se aplicó el derecho romano, concediéndola libre disposición de sus cosas, y á la mujer casada se aplica-

ron las normas del derecho canónico y del barbárico. La autorización marital nació así; pero en la plenitud de los tiempos no dejó de cambiar de significado y de adaptarse á la *humanidad* de estos. Criscuolo, en su monografía *La Condición de la mujer en el Derecho italiano,* expone con mucha brillantez las fases de la potestad marital.

Bebel ha escrito un libro titulado *La Mujer y el socialismo,* con el evidente propósito de buscar en el interés y en el sentimiento femeninos un gran aliado para el triunfo de los principios socialistas. Mediante un rápido examen de la condición de la mujer en los varios tiempos y en los diferentes pueblos, para lo cual se sirve el autor de las investigaciones de Bachofen, de Morgan, de Mac Lennan y de la obra de Engels *Origen de la propiedad privada, de la familia y del Estado*, quiere Bebel demostrar que la opresión de la mujer, como todas las opresiones sociales, proviene de la dependencia económica, del dominio individual. Semejante dependencia no se advierte en los tiempos primitivos del derecho de la horda y del parentesco femenino, sino en la época de la familia patriarcal y del derecho del padre propietario. La servidumbre de la mujer, consolidada y desarrollada en la sociedad antigua, continúa durante la Edad Media, favorecida por el cristianismo con la preferencia del celibato y de la vida monástica, y sólo se mitiga mediante la progresiva civilización de los países occidentales. En la sociedad contemporánea, la mujer no encuentra otra satisfacción lícita del instinto sexual más que en el matrimonio monogámico é indisoluble, forma acentuada del dominio individual. En las clases poseedoras, el matrimonio es un medio de tráfico, una institución de colocación, un modo de la producción

capitalista; en las clases desheredadas es unión, á que no es ajena la miseria, acompañada del predominio, de la rudeza y de la brutalidad. Mucho peor es la condición de aquel gran número de mujeres condenadas á no contraer matrimonio por efecto de la acumulación de la propiedad en manos de pocos, por el militarismo y por la desproporción cuantitativa de los sexos. Mas la mujer es igual al hombre bajo todos los aspectos; si en los sexos hay variedad de aptitudes, la causa de la misma debe buscarse en el ambiente y en las condiciones de desarrollo. La variedad desaparecería si á la mujer se la colocase en el mismo ambiente y en las mismas condiciones que el hombre se halla y se la sacase del estado de sujeción en que desde hace siglos viene viviendo. Las leyes no son otra cosa que el estado social de un país reflejado en un cierto número de preceptos jurídicos. La autorización marital es una institución que se funda sobre la *manus* y sobre el *mundium;* la prohibición del voto administrativo y político es un resto de antiguos prejuicios. La justicia exige la perfecta igualdad de los sexos por lo que á los derechos se refiere, por cuanto no hay entre ellos diferencia de naturaleza. Vendrá un tiempo, dice Bebel, en que el capitalismo quedará vencido y será reemplazado por la propiedad colectiva y por la igualdad. En este tiempo la mujer será independiente del hombre social y económicamente; educada como el hombre, podrá consagrar sus aptitudes á lo que mejor le plazca, pedirá en matrimonio al hombre de su corazón, ó será solicitada y podrá aceptar ó rechazar libremente la petición. El matrimonio será perfectamente libre y se realizará sin intervención de funcionarios ni de sacerdotes, y durará tanto cuanto dure el amor que le da vida. De esta manera la hu-

manidad volverá á sus comienzos, consiguiendo la felicidad á que siempre aspira y que no alcanza ni puede alcanzar en la sociedad tal y como ahora se halla organizada. Todo está mal mientras la propiedad privada sea el principio constitutivo del consorcio civil.

Bebel cae en el mismo error que los demás socialistas contemporáneos al suponer que toda la evolución social se origine de una causa única, que es el factor económico: error que más atrás hemos criticado. Lo mismo que los demás socialistas, no entiende bien la teoría de la evolución, por cuanto desconoce el proceso de creciente especificación ó individuación, y lo confunde con el artificial predominio de la clase capitalista. Do quiera aparece una forma de la individualidad humana, reconoce él una producción del capitalismo y del dominio privado. Seguramente, la propiedad privada procede del principio de la personalidad individual, pero no toda manifestación de este principio es propiedad. La persona individual, bueno es repetirlo con Aristóteles, no se revela exclusivamente por medio de lo *propio,* sino también por medio de lo *querido.* No cabe duda alguna en que la familia patriarcal se inicia con el derecho del engendrador como propietario. Pero no es posible negar que más tarde este derecho se convierte en un poder ético de diferente índole que la facultad dominical: poder que pertenece al padre y á la madre, y que se funda sobre el deber de criar, educar é instruir á la prole. La monogamia tiene también muy otra base que el derecho de propiedad privada, por cuanto es la más profunda exigencia del amor y de la íntima naturaleza de la unión plena del hombre y de la mujer. La misma familia patriarcal, que se conexiona tan estrictamente con el dominio, es un producto de la evolución del parentesco,

primero genérico, después apoyado sobre la certeza física de la madre, y por último constituido por la certeza espiritual del padre, en cuanto es objeto de presunción. Estas fases del parentesco comprenden causas económicas, y en conjunto representan los períodos del desarrollo del dominio, pero al propio tiempo representan los momentos del amor humano. La condición de la mujer antes del matriarcado no era ni podía ser mejor que su condición posterior, porque en los tiempos de *lascivia bestial* y de *infame comunidad*, la mujer debía depender de todos ó de buena parte de los individuos componentes de la horda. Con la familia femenina la promiscuidad quedó limitada, no destruida; por lo que la mujer no pudo librarse de las violencias de los más fuertes, aun cuando fuese el centro primero de la familia y aparentemente libre. No pueden considerarse como acontecimientos generales de la historia la revolución de las mujeres y su consiguiente supremacía social, ideadas por Bachofen. Una ginecocracia concebida como señorío organizado de la mujer, no era posible en los tiempos primitivos, en los cuales el sentido del pudor y la conciencia del propio ser no estaban desarrollados en ella, y en que siempre dominaba la fuerza. No es exacto que el cristianismo haya sido el principal enemigo de la libertad de la mujer, puesto que sublimó el concepto de ésta. El ideal más alto de la mujer antigua consistía en engendrar hijos, en servir de compañera al hombre, en la educación de la prole hasta cierta edad, en atender á la cocina y á las siervas y en esconderse en casa. Según nota Bonghi en el escrito *La Mujer y el porvenir*, Cristo ha descubierto el espíritu en la mujer, ha comprendido la fuerza del amor que redime y que salva. Las mujeres lo amaban, lo seguían, se agarra-

ban á sus vestiduras para ser sanadas en el cuerpo y en el alma. Cristo perdonó los pecados á la mujer que regó de lágrimas sus pies, porque había amado mucho; se negó á castigar á la pecadora; maldijo á quien desea á la mujer como instrumento de placer; quiso que el matrimonio fuese unión individua de dos almas y de dos cuerpos y negó al hombre el repudio; amó con un tierno amor á la madre; hizo su primer milagro en un banquete de bodas; se complacía en tratar con los niños, y ensalzó tanto á la mujer, que mantuvo virgen á la esposa de su padre y madre suya. En este concepto sobrenatural de la virgen esposa y madre está el punto culminante de la idealidad de la mujer cristiana. Pero idealizada de esta manera la mujer, no pudo ya contentarse con la alabanza romana: *hiló la lana, se estuvo en casa*. Su alma se inflamó, se sintió cristiana antes que el hombre, sintió allá dentro que Cristo había hecho á ella más que á éste, porque la levantaba de una profunda abyección que se presentaba aun en las imágenes más seductoras que había dibujado la mente ó la fantasía griega y latina.

La descripción que Bebel hace del actual estado de la mujer es de colores muy oscuros, y está bastante lejos de la realidad; pues no es exacto que la mayor parte de los matrimonios en las clases pudientes se inspiren tan sólo en cálculos económicos, ni que casi todas las uniones en las clases inferiores vayan acompañadas de la miseria, de la rudeza y de la brutalidad. Sin duda que el egoísmo y la imprevisión regulan á menudo la conducta humana; mas no se debe olvidar que también los sentimientos de simpatía y la razón extienden su campo y que con el progreso de los tiempos se desarrollan más y más. Las relaciones entre los sexos no son actualmente

lo que deberían ser; todavía están muy lejos de su perfección. Pero no se puede decir que estén profundamente pervertidas y que constituyan una constante, manifiesta y general negación de la moral. ¿Y acaso tornarían á su estado normal si la sociedad admitiera que el instinto social puede ser legítimamente satisfecho fuera del matrimonio? Bebel se queja de que la sociedad no proporcione á las mujeres otro medio de satisfacer aquel instinto más que el matrimonio; como si fuese posible ofrecerle otro consentido por la esencia ética del hombre. La sociedad contemporánea admite á las mujeres al ejercicio de ocupaciones lucrativas, de que pueden aprovecharse especialmente las no casadas. Esta participación de las mujeres en los empleos privados y públicos es mayor en unos países y menor en otros; pero en todas partes se trata de regularla conforme á la índole particular de la mujer, para no distraer á ésta de sus fines y para mitigar la concurrencia con el hombre en el trabajo. Ya hoy la mujer ha adquirido la igualdad civil, y no pasará mucho tiempo sin que se la considere capaz en todos los casos de ser tutora y curadora, de formar parte del consejo de familia y de ser árbitra. Se reclama vivamente, y se concluirá con reconocerla en los códigos, la igualdad jurídica de la mujer por lo que se refiere á la obligación de la fidelidad conyugal. La misma incapacidad legal de la mujer casada, de que hemos tratado en este capítulo, no existe en todos los pueblos, y se la combate mucho. La patria potestad se concede también á la madre, la cual la conserva, disuelto el matrimonio. No puede decirse que la mujer, en las naciones más civilizadas, esté lejos de conquistar el voto administrativo, porque la opinión común en tales naciones no es absolutamente con-

traria á dicha concesión, aparte toda cuestión teórica sobre los derechos políticos de la mujer. Esta goza de derechos públicos, como, por ejemplo, el de petición, el de asociación, etc. ¿Puede llamarse, por ventura, servidumbre á esta condición de la mujer? No será perfecta dicha condición, todavía habrá que sacar todas las consecuencias lógicas de los principios admitidos de igualdad civil, acaso deba reconocerse algún otro; pero no se puede hablar de servidumbre. Bebel quiere la igualdad absoluta porque parte del erróneo supuesto de la completa identidad de naturaleza en los caracteres de ambos sexos y explica las diferencias únicamente con el hecho de la educación y del ambiente, separándose en este particular de los mismos darwinistas. Para él, el porvenir de la mujer es la reproducción de su remoto pasado, es el amor libre y vago, del cual deriva un vínculo temporal y privado. Aceptando el concepto del socialista alemán, el amor debería volver á recorrer su camino, destruyendo toda su historia, en la cual se ha ido individualizando é idealizando cada vez más. Aun en tiempos humanos el amor anhela ser libre, pero su libertad se compenetra con la razón, la cual transfigura el afecto y lo hace permanente; no es arbitrio. La *consensualidad* de tales tiempos no es negación de la naturaleza de las cosas. La mujer, concluye Bonghi, no será en el porvenir la tímida sierva ó la astuta dueña del marido, sino que será la franca auxiliadora y amiga del mismo. La mujer no perderá el *eterno femenino* porque se haga más culta y se mezcle más en la vida. Será viva de entendimiento, ardiente de amor, conmovida de sentimiento, rápida de percepción, fina de discernimiento, compasiva, alada, piadosa y suave como ahora lo es; y al propio tiempo, se agitará por las fá-

bricas, por los talleres, por las oficinas, por las aulas, por las plazas, y derramará en todos estos sitios los tesoros de su alma; cosa que hoy no sucede.

Spencer, en su libro *La Justicia*, se pregunta por qué la esfera de acción del individuo dotado de facultades superiores no ha de ser más amplia que la del individuo que tenga aptitudes inferiores. Si un hombre de alta estatura y de cuerpo más grande ocupa un espacio mayor que el que es más bajo y de cuerpo pequeño, no es justo que las actividades de los grandes y de los pequeños, de los fuertes y de los débiles, de los individuos superiores é inferiores, tengan límites demasiado estrechos para los unos y demasiado amplios para los otros. Pero se apresura á advertir que la metáfora destinada á resolver la duda no se debe entender literalmente, porque las libertades de los hombres particulares no se presentan en el hecho de aquella simple forma especial de que se habla. El hombre dotado de facultades más elevadas, en cuanto tiene derecho á la integridad física, al desplegamiento de su energía y á los productos que del mismo derivan, no atenta á la integridad física, al libre desplegamiento, al dominio de su semejante dotado de aptitudes menos elevadas. El negar al individuo inferior una esfera de acción igual á la asignada al individuo superior, equivale á añadir á una enfermedad natural un medio artificial no ventajoso que la simpatía nos hará destruir más pronto ó más tarde. Ni es posible proporcionar las libertades de los hombres á sus capacidades, porque no podemos medir unas y otras. Dejando á un lado todo otro motivo, consideraciones prácticas requieren que tratemos como iguales la libertades de los hombres, sea cualquiera el grado de desarrollo de que sean susceptibles sus potencias. Ahora, este mismo

concepto, cambiados los términos, lo aplica el mismo autor á las relaciones entre los derechos de los hombres y los de las mujeres. Hay mujeres que tienen fuerza é inteligencia mayores que no pocos hombres; si el *quantum* de libertad se debe regular por la capacidad, suponiendo que la operación sea posible, no se debería en tales casos tener en cuenta la diferencia de sexo. Tampoco desaparecen los obstáculos partiendo del hecho que la media de las fuerzas físicas y mentales de las mujeres es inferior á la de los hombres, porque no tenemos manera de establecer la proporción entre las dos medias y el sentimiento nos impulsa á compensar la inferioridad de las aptitudes con mayores ventajas artificiales. La equidad exige que, si no debemos hacer nada para favorecer artificialmente á las mujeres, debemos abstenernos de crear dificultades al desplegamiento de sus naturales energías. Considerados los hombres y las mujeres como miembros independientes de la misma sociedad, en la que cada uno debe proveer á sus necesidades lo mejor que pueda, no es equitativo someter á las mujeres á restricciones concernientes á la ocupación, la profesión y la carrera. Precisa que las mujeres gocen de la misma libertad que el hombre y que recojan el fruto de sus conocimientos y de su habilidad. De los derechos iguales á los del hombre que la mujer debe tener antes de hacerse esposa, la equidad requiere que conserve después de celebrado el matrimonio todas las facultades que no se opongan á este estado. Tales son los derechos á la integridad física, á la propiedad de los bienes adquiridos, á la libertad de creencias y de palabra, etc. Semejantes derechos no deben sufrir limitaciones sino en cuanto se opongan á las cláusulas explícitas ó implícitas del contrato; las limitaciones va-

rian según el tiempo y el lugar, y á falta de datos fijos hay que contentarse con aproximaciones. Siendo diferentes los casos y varias las condiciones, es también difícil precisar los derechos de fiscalización recíproca de los cónyuges. Hay que tener en cuenta muchas circunstancias que no es posible prever, aun en el caso de desacuerdo entre ambas voluntades, si bien la balanza de la autoridad debería más bien inclinarse de la parte del hombre, dotado de ordinario de un juicio más equilibrado. Pero en esta cuestión el razonamiento tiene una fuerza limitada, porque todo depende de los caracteres de los cónyuges. De lo que Spencer dice resultan dos consecuencias: la primera es que él parte, como nosotros, del principio de la igualdad civil de la mujer; la segunda es favorable á la idea de Stuart Mill, ó sea que la regulación de los derechos de los cónyuges debe depender más de la variedad de los casos y del contrato que de la ley. Pero parece que Spencer admite lo que Mill no está dispuesto á admitir, esto es, que en caso de discordia entre los cónyuges convendría, en abstracto, dar la preferencia á la voz del hombre. Por respecto á los derechos políticos, es de notar que Spencer se declara adversario de la pretensión de concedérselos á la mujer, porque ésta no soporta las cargas impuestas al hombre, como el servicio militar. Además, demuestra que la condición de la mujer se eleva á medida que la sociedad pasa del régimen militar al de la cooperación voluntaria; y demuestra esta afirmación con inducciones históricas.

Cuatro son los sistemas para regular los bienes en el matrimonio, dos de los cuales se llaman absolutos y dos relativos ó intermedios. El sistema de la comunión es aquel en el cual los bienes del marido y los de

la mujer, tanto los anteriores como los posteriores á las nupcias, se confunden en un solo todo, cuya propiedad es común, pero cuya administración corresponde al marido. Este sistema lo prefieren los filósofos, como Trendelenburg y Rosmini, porque responde mejor al ideal de la unión plena. El sistema de la completa separación (preferido por los juristas, los cuales son amigos de las precauciones y de la libertad personal de la mujer) implica que los bienes del marido y de la mujer, sin distinguir entre los anteriores y los posteriores al matrimonio, se conservan perfectamente separados. Los dos sistemas relativos son el sistema dotal y el de los gananciales: el primero se aproxima más al régimen de la separación, el segundo al de la comunión. La dote consiste en la cantidad de bienes que la mujer aporta al matrimonio, con el fin de ayudar á soportar las cargas de éste; al marido corresponde su administración y goce, pero la propiedad es de la mujer. En los gananciales ó comunión de las utilidades, la propiedad queda separada, el goce es común y la administración corresponde al marido. Las leyes ofrecen el remedio de la separación contra las posibles perjudiciales consecuencias de una mala administración en los dos sistemas relativos. Entre los romanos, el matrimonio hecho con la *conventio in manu* producía la traslación de todos los bienes de la mujer á la propiedad del marido; si no existía la *conventio in manu,* la mujer conservaba la libre disposición de sus cosas. La *conventio* fué primero la regla y después la excepción. Al lado del régimen *sine conventione* surgió la dote, que poco á poco se fué desarrollando con diferentes precauciones: se prohibió la hipoteca del fundo dotal, se proclamó la absoluta inalienabilidad de la dote y se estableció en

favor de ésta una hipoteca general sobre los bienes del marido. Tal sistema de protección dominó por mucho tiempo en Europa; pero en los países de derecho consuetudinario de Francia se usaba la comunión de los bienes, institución de los pueblos germánicos, y era generalmente aceptada. El código francés conservó la comunión como derecho común y permitió el régimen dotal muy modificado; en cambio en Italia prevaleció siempre el régimen dotal romano. Estando la dote destinada á soportar las cargas del matrimonio, debería ser inalienable; y por eso se ha observado perfectamente que la lógica de la inalienabilidad absoluta requeriría que el legislador impusiese como necesario á los esposos el régimen dotal, de manera que todos los bienes de la mujer se entendiesen constituidos en dote. La enajenación de la dote puede ser también consentida por la autoridad judicial cuando exista necesidad ó utilidad evidentes. La ley debe tutelar los intereses de los hijos y al propio tiempo debe confiar en el buen juicio y en el afecto de los padres. La protección absoluta é inflexible del interés de los hijos es á veces ciega y llega á producir un efecto contrario al que perseguía.

El régimen según el cual el marido no puede enajenar los bienes de la mujer era conocido entre los indios bajo el nombre de *stridhan*. Esta propiedad personal de la mujer comprendía (según el *Mitakshara*, uno de los más antiguos tratados de derecho indio) lo que la donaban el padre, la madre, el hermano y el esposo antes del matrimonio. Es propiedad de la mujer (añadía este tratado, extendiendo este concepto del *stridhan* y citando á Manú) lo que ella adquiere por herencia, por división, por compra, por ocupación y por descubrimiento. Maine opina que el *stridhan* se

derivó de la costumbre de pagar, á la víspera ó en el día del matrimonio, el precio de la esposa parte al padre como indemnización de la transmisión de poder y parte á la esposa misma. Un cierto número de costumbres arianas atribuyó muy probablemente á la mujer, sobre los bienes que aquélla adquiría, los mismos derechos que gozaba sobre la parte de dicho precio, considerado en algún tiempo como único tipo de su propiedad personal. Es evidente la relación entre el *stridhan* indio y la *dos* romana; pero el *stridhan* no se desarrolló, mientras la *dos* sí. Sabido es que los brahmanes combatieron los privilegios que á las mujeres concedían las antiguas leyes, en las cuales no se hallan huellas de la horrenda costumbre de quemar viva á la viuda sobre la hoguera del marido. Ellos partían de la idea que la condición del difunto podía mejorar en la otra vida por los ritos expiatorios, y consideraban la herencia como una fundación destinada á tales ritos y como una especie de compensación de los sacrificios realizados por el heredero con el fin de auxiliar al espíritu del muerto. Enseñaban que la mujer por su debilidad física y por su vida retirada no era apta para realizar los ritos sagrados y por eso trataban de restringir cada vez más la esfera de la propiedad personal de la mujer en armonía con su creciente tendencia á someter á servidumbres religiosas el dominio privado en general. La escuela jurídica más liberal de la India, la de Bengala, concedía á la viuda sin hijos el goce vitalicio de los bienes del marido. En este país era constante y general la costumbre del *suttee*, ó sea de la inmolación de la viuda que no tenía prole. Los brahmanes exhortaban á la víctima al sacrificio de la hoguera para evitar que la mujer fuese investida del derecho de propiedad. De

todas maneras, el *stridhan* y la *dos* son una institución verdaderamente ariana y común á los pueblos de esta raza: institución que sigue diferente destino en la historia por el influjo de causas, ora desfavorables á su desarrollo, ora aptas para proporcionarla una vida exuberante y duradera.

CAPITULO XIX

La indisolubilidad del matrimonio y el divorcio.

No cabe duda de que el ideal del matrimonio es la indisolubilidad. El matrimonio es la unión plena del hombre y de la mujer, es compenetración perfecta de las varias cualidades sensibles y espirituales de ambos sexos, es *viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens*. Ahora, esta unión no sería verdaderamente plena y perfecta ante el derecho racional si careciese de aquella perpetuidad que se muestra en el afecto ardiente que promete la inmortalidad del amor, en la celebración solemne que no acompaña á ningún otro contrato, en las emociones incomparables de los padres junto á la cuna y en la necesidad de educar una prole cada vez mayor, que multiplica los vínculos entre los padres y los fortalece. La perpetuidad se revela también en la reciprocidad de los deberes y los derechos, que impone á los hijos adultos la obligación de devolver los cuidados que les prodigan los padres durante la niñez y en la primera juventud, y es exigida por la desigualdad de los sexos, por virtud de la cual la mujer una vez casada con un

hombre no es ya la mujer de la juventud, como dice la Biblia.

La moral reconoce en el matrimonio indisoluble el afecto gobernado por la razón, que confiere al vínculo originado por el amor el carácter de la necesidad y de la permanencia. Al contacto de la razón, el amor pierde todo cuanto tiene de ciego y de violento como impulso sensible, se idealiza y se convierte en deber. No es verdad que en el matrimonio indisoluble la libertad quede destruida por el amor perpetuo. Lo que se destruye es el arbitrio vago y sensual, porque el amor transfigurado por la razón no es la negación, sino el fundamento de la concreta libertad moral, que existe siempre cuando el impulso se somete al dominio de la mente práctica, esto es, de la mente que tiene por objeto la ley del bien. La libertad humana, según Vico, viene de la mente, y consiste en refrenar los movimientos de la concupiscencia que derivan del cuerpo y en darles otra dirección. La religión consagra el ideal de la indisolubilidad haciendo del matrimonio un sacramento y proclamando el principio: *Quod Deus conjunxit homo non separet.* La Iglesia cree que el matrimonio sea sacramento aun entre los infieles, porque en cuanto la unión conyugal es coparticipación del hombre en la potestad creadora de Dios, es objetivamente un acto religioso, á pesar de la intención de quien lo realiza. Aun para la política es un ideal el matrimonio indisoluble, porque la estabilidad del Estado y de sus instituciones depende de la estabilidad y de la paz de las familias: una y otra son consecuencias de la unión realmente plena, y por tanto perpetua.

Ni el concepto del matrimonio civil contradice al ideal de la indisolubilidad, como dicen los escritores

de la escuela clerical y los partidarios de las ideas en que se inspira la ley francesa de 1792; porque el matrimonio es un contrato especial en cuanto comprende la unión plena de dos personas de diferente sexo y no tiene el mismo objeto que los demás contratos, ó sea el cambio de las utilidades. De hecho hay legislaciones que consideran el matrimonio como contrato civil y sancionan su indisolubilidad, así como hay también legislaciones que lo consideran sólo bajo el aspecto religioso y admiten el divorcio. Cuando el matrimonio se concibe dentro de los límites del derecho y por relación al Estado, ó sea como contrato civil, puede hasta llegarse á aceptar la doctrina ortodoxa de que el consentimiento sea causa introducente y no conservante. Puede perfectamente afirmarse que el consentimiento es necesario para el matrimonio, pero dicho consentimiento debe ser conforme al orden de naturaleza, que requiere la plenitud y la perpetuidad de la unión. Aquí el elemento subjetivo se debe subordinar al elemento objetivo. Aun en la esfera del simple derecho privado de las obligaciones no es siempre exacto que los actos contractuales se disuelvan con el consentimiento. Los juristas dicen: *quae ab initio sunt voluntatis, post factum fiunt necessitatis,* si en el cumplimiento de la obligación tienen interés los terceros y la sociedad. La institución del matrimonio civil no está fundada sobre los principios de la ética arbitraria é individualista; es una consecuencia del concepto del Estado laico y de la libertad de conciencia. En otras palabras, la lógica no nos impide el admitir el matrimonio civil y el rechazar la teoría de Grocio, de Pufendorf y de Tomasio. Sabido es que Grocio definía el matrimonio fijándose principalmente en el aspecto extrínseco, y que en sustancia no veía

en derecho natural diferencia alguna entre el matrimonio y el concubinato. La diferencia nace, según él, de la ley positiva. *Concubinatum quemdam verum ac ratum esse conjugium, etsi effectibus quibusdam juris civilis propriis privetur, aut etiam effectus quosdam naturales, impedimento legis civilis, amittat.* Pufendorf afirmaba que teniendo su origen el matrimonio en el consentimiento, puede disolverse como cualquiera otra convención; y Tomasio creía que la perpetuidad, la fe conyugal y la potestad marital son efectos de los pactos celebrados entre los cónyuges, no consecuencias del derecho natural. Ni debe rechazarse el ideal de la indisolubilidad porque el derecho no reconozca contratos que produzcan la enajenación de la persona civil, por cuanto en el matrimonio no hay renuncia recíproca de ésta, sino adquisición de un nuevo estado. Si los cónyuges llegan á formar de dos naturalezas una, como advierte Rosmini, la verdad es que no pueden confundir en el verdadero sentido de la palabra las dos personas, y, por tanto, cada uno de ellos conserva el ser propio é inalienable. En concreto la ley protege de diferentes modos la distinta personalidad de los cónyuges. El derecho no admite ya compromisos perpetuos que impliquen la enajenación completa ó parcial de la personalidad, pero reconoce aquellos que, sin producir tal enajenación, proceden de un orden superior de relaciones éticas externas.

El ideal de la indisolubilidad lo aceptan, en general, tanto los que combaten el divorcio como los partidarios de él. Kant, Fichte, Hegel, Stahl, Trendelenburg, y en Italia Rosmini y Gioberti, lo patentizan, juntamente con Ahrens. Hume, Bentham, Comte, el fundador del positivismo, y Proudhon no dejan de admitir dicho ideal. Sin embargo, muchos de estos filósofos,

como Hegel, Trendelenburg y Ahrens, confiesan que el ideal del matrimonio exige la indisolubilidad, pero en el hecho no rechazan el divorcio. Doquiera se ve el mismo principio: lo absoluto está siempre por lo alto y lo relativo por lo bajo. La unión plena es natural efecto del amor; ahora, cuando éste cesa, cesa por necesidad aquélla, y el matrimonio contrato se queda sin su propia base. La razón, á la cual se somete el amor en la unión en no pocos casos, no puede, sin contradecirse, mantener vivo el afecto, el cual se apaga racionalmente cuando por graves causas viene á faltar la estimación, pues, como enseña Rosmini, el hombre debe proporcionar ésta al mérito intrínseco de los entes. No obstante, la ley no está en su terreno cuando, por ejemplo, en los casos de violación culpable de la fe conyugal convierte en obligación el heroísmo del ánimo cristiano. En estos y en otros casos semejantes, la ley, conservando el vínculo entre los cónyuges, ó presume de hacer surgir el amor allí donde la razón no puede tener viva la estimación, ó se contenta con un vínculo nominal desprovisto de sustancia ética. De esta manera la ley se sale del orden natural de las cosas, porque el amor presupone la estimación, y en el mundo no es posible un afecto al que le falta la causa: el amor sin estimación no es amor, es mero impulso venéreo. La persistencia legal de aquella unión que ya no existe es mentirosa apariencia, es hueca formalidad civil. El mismo Rosmini, formidable enemigo del divorcio, al querer explicar el por qué á los hebreos les fué permitido el divorcio, escribe que la unión plena, ideal del matrimonio, requiere que sea tan perfecta la naturaleza del hombre y de la mujer, que pueda convenirle la perfección de la unión. Si esto no se verifica, si la naturaleza de los in-

dividuos humanos se halla talmente viciada que no sirva ya para recibir en sí aquella plenitud de unión que exige la perfección de la humanidad, en tal caso puede haber lugar á alguna indulgencia. La cual indulgencia, prosigue el filósofo, permite á los hombres algo que es defectuoso y malo en sí, pero cuyo vicio debe refundirse en el vicio mismo de la naturaleza y atribuirse á esta. La indulgencia y la permisión, tan distintas de la aprobación, se reducen al divorcio, el cual, por tanto, no es por sí mismo un bien. Y ahora debe preguntarse si ha desaparecido del mundo la dureza del corazón, por la que se permitió el divorcio á los hebreos, y si la naturaleza humana está de tal manera modificada que pueda siempre aceptar el ideal de la perfección. Seguramente que la cultura ha progresado notablemente, las costumbres se han suavizado, la fibra ha adquirido mayor delicadeza; pero la naturaleza humana continúa estando viciada, á juzgar por las relaciones actuales entre los sexos. Se dice que el amor es perpetuo, porque un ser no puede dejar de amar al otro que lo completa; pero no se ha reflexionado que éste no completa ya cuando ha dejado de ser digno de estimación y de amor. La afirmación de Proudhon según la cual la subordinación del amor á la justicia, fundamento del matrimonio, puede llegar hasta á negar el amor, es una paradoja, porque el acto de subordinar supone necesariamente el término que se subordina, el cual puede no existir, según Proudhon. No es justicia verdadera ni humana la que se obtiene mediante la destrucción del mundo, de las utilidades y de los intereses, lo mismo que no tenemos el bien moral concreto cuando se quieren eliminar las inclinaciones, los afectos y las pasiones. Hágase justicia, pero que no perezca el

mundo; sométase en el matrimonio el amor á la justicia, pero no se expulse el amor, principio informador de la unión plena. Se añade que el hecho es siempre inferior á la perfección de la idea; mas no debe ser contradictorio con la misma. Del ideal de la indisolubilidad no puede descenderse al remedio del divorcio, en cuanto los dos términos se excluyen recíprocamente. Ahora, no se ha pensado que la contradicción existiría realmente si por un lado existiese la unión plena y por otra se pusiera frente á ella el divorcio. La verdad es que cuando aparece el divorcio la unión plena ha dejado de existir; y aquél no representa la destrucción violenta del matrimonio, sino que es el fin legal de una unión que ya no existe. Al definir el divorcio como un remedio después de proclamada la indisolubilidad como ideal, no se dice que el divorcio sea la actuación del ideal. Solamente la unión perpetua de hecho responde al ideal; el divorcio debe ser considerado como la actuación del justo fin de la unión plena; comienza allí donde termina el ideal de la indisolubilidad, y efectivamente no lo contradice. Suele contraponerse el divorcio á la naturaleza del matrimonio, y así no puede menos de ser considerado como el mayor de los males. Pero si se lo compara con los graves desórdenes que se originan del defecto de la unión en que por derecho natural consiste el matrimonio, se le debería considerar como un mal menor. Los términos de la relación son aquí la falta de la unión plena en la persistencia del vínculo legal y el divorcio. Ni se diga que el divorcio no es por sí remedio porque no tiene nada de positivo, pues no es otra cosa que la anulación del matrimonio. El remedio significa algo que colma la laguna que el mal deja, algo que repara lo que éste destru-

ye; pues no aparece incongruencia entre el concepto del fin y el del remedio, en cuanto pueden darse no pocos casos en los que la cesación de cualquier acto, de algunos hábitos y condiciones, sea por sí mismo remedio. Hay que distinguir remedios de remedios: los hay destinados tan sólo á eliminar el mal, otros no tienen más que mera virtud reparadora y muchos tienden á destruir y á reparar.

La filosofía jurídica no sólo debe examinar la cuestión del divorcio con relación á los individuos y á sus razones, como lo hacía el antiguo derecho natural, sino que debe también estudiarla bajo el aspecto social, comparando las ventajas y los perjuicios que á la sociedad pueden resultarle del instituto de la simple separación personal y del instituto de la disolución del matrimonio. No hay que olvidar que los intereses y las conveniencias sociales no deben destruir los derechos de los individuos, como los derechos individuales no deben ponerse sobre el derecho de la sociedad. En este caso, como en otros semejantes, los dos términos tienden racionalmente á aquella armonía que es efecto del concepto del Estado en cuanto organismo ético. El Estado sería un puro organismo natural ó físico, en que la parte no vive más que la vida del todo, absorbiendo con su derecho eminente los derechos de los individuos, los cuales tienen también su propia personalidad y ponen en acto la idea del hombre bajo uno de sus aspectos. Si el divorcio no existiese, sino que en su lugar se reconociera tan sólo la separación personal, que conserva íntegro el vínculo y únicamente dispensa á los cónyuges de la obligación de cohabitar, los males que de ello vendrían serían graves. La separación condena á los cónyuges á la soledad, agría su carácter, envenena los ánimos, es causa de concubinatos

y de la multiplicación de los hijos adulterinos, los cuales no tienen estado civil ni pueden alegar más derechos que el de los alimentos. A veces el vínculo nominal que permanece acrecienta no poco el deshonor del cónyuge inocente, al cual le incumbe la obligación, si es rico, de pagar con una fuerte asignación la continua y descarada infidelidad del otro cónyuge. La acción de adulterio concedida por las leyes no sirve de nada, porque son pocos los que quieren ponerse judicialmente en ridículo para reclamar una condena, no siempre segura, de algunos meses ó de algún año de cárcel. Ni deja de haber casos en que se intenta ó se consuma el asesinato para anular el vínculo nominal; como tampoco son raros los jurados que absuelven al cónyuge asesino cuando lo consideran traicionado; en otros casos se acude al suicidio para dar fin á los tormentos de quien no quiere vivir deshonrado. Cuando domina de un modo absoluto el sistema de la separación, los hijos sorprenden ordinariamente á sus padres en el estado de ilícita unión que pone en peligro el respeto que deben á los autores de sus dias. No es verdad que el sistema de que se trata haga posible la nueva reunión de los cónyuges una vez separados, porque éstos tienen ya sus ánimos profundamente divididos cuando resuelven presentarse á la autoridad judicial para obtener la sentencia de la separación. El mismo procedimiento aumenta la escisión, y en la mayor parte de los casos apaga toda esperanza razonable de acuerdo. Se ha observado que las nuevas reuniones, que no son numerosas, se verifican en las altas clases sociales; son reuniones *pro forma,* temporales, efímeras y casi siempre dependientes de motivos extrínsecos. Por otra parte, hay que convenir en lo que afirman los que combaten el divorcio, ó sea que no todos

los cónyuges dispuestos á librarse de odiosos vínculos conyugales estarán deseando contraer otros nuevos, vista la pésima experiencia de los primeros. Pero si es verdad que no todas las personas que se encuentran en semejantes condiciones tienden á contraer otras nupcias, también lo es que de esto no se puede inferir que el mayor número de los cónyuges inocentes no se habría de aprovechar de la facultad del divorcio ni contraería nuevo matrimonio. No son muchos los hombres en los cuales la reflexión es constantemente viva y profunda y las antiguas impresiones sean muy fuertes y tenaces. La resolución tiene sus antecedentes en un conjunto de condiciones singulares y variables, en el grado de excitabilidad, en la fuerza con que se reacciona contra las impresiones, y en los ejemplos, que en su mayor parte no son de matrimonios infelices. Si es verdad que algunas personas llegadas á cierta edad y víctimas de desengaños conyugales reprimen sus instintos, no puede decirse lo mismo de la generalidad de los que se encuentran en tal estado; ni esto equivale á exagerar las tendencias animales de las criaturas humanas. Si bien ya no existen los impulsos de la primitiva vivacidad, continúan, sin embargo, desarrollándose, porque no todos consiguen sofocarlos; y mientras tengan fuerza, el concubinato y la procreación de hijos adulterinos serán los dos grandes males del sistema de la absoluta separación personal. *Mala electio est in culpa,* la culpa no da derechos, dicen los enemigos del divorcio; y efectivamente, no pocas desilusiones provienen de elecciones precipitadas y poco meditadas. Pero tampoco en la elección debe uno atender á lo perfecto y alejarse de lo que no lo es en el pleno sentido de la palabra; á lo absoluto se aspira, pero no hay quien lo consiga. A veces la imperfección se halla

en potencia ó en germen al principio y se desarrolla después; en otros casos no llega á conocerse sino mediante la experiencia íntima, y en ocasiones, aunque se advirtiera en el momento de la elección, se confía en hacerla desaparecer ó en atenuarla con una nueva educación, con la disciplina regida por el afecto, el cual tiene la noble pretensión de no admitir naturalezas refractarias é inenmendables. ¿Elevaréis á culpa la generosa confianza en el ánimo en que se aunan el amor y la virtud para hacer buenos á los hombres y le negaréis todo derecho?

Sin embargo, no pueden negarse los verdaderos males del divorcio. Ante todo, la sociedad tendría que presenciar no pocas veces el escándalo de las nuevas nupcias del cónyuge divorciado y culpable con la persona por la cual faltó á sus primeros deberes; y esto, aun cuando las leyes prohiben tales nupcias, pero no pueden prohibirlas mientras no exista la certeza jurídica del adulterio. En segundo lugar, no se puede decir que sea conforme al sentimiento de todos los pueblos civilizados y menos de los meridionales el hecho de que una mujer que ha sido esposa de un hombre aún vivo lo sea ahora de otro, ó de que un hombre sea dos veces marido de dos mujeres que aún no han muerto, ó de hijos que tienen á la vez padrastro ó madrastra y padres naturales. Verdad es que las costumbres se modifican con el andar de los años, y cuando esto suceda, la repugnancia indicada puede disminuir de un modo sensible. En tercer lugar, no es infundado el temor de ver á veces divorcios por causas preparadas maliciosamente por quien sin razón quiere romper el vínculo conyugal. No faltan las injurias graves, la sevicia ó el abandono cuando se tiene el secreto propósito de obligar al otro cónyuge á pedir el divorcio.

Ni son imposibles los casos de maridos que ofrezcan ocasiones á la infidelidad de las mujeres para encontrar el motivo legal de disolución del matrimonio y para pasar á otras nupcias. Por último, el divorcio puede fomentar la ligereza en la celebración del inmenso contrato, como se ha llamado al matrimonio. Ahora, todos estos males adquieren gran desarrollo amenazando conmover las bases de la familia y de la sociedad, si el divorcio llega á considerarse por un pueblo como una libertad nueva que él mismo conquista juntamente con otras libertades. El pueblo que tiene tal concepto del divorcio se encuentra ya en el estado de decadencia moral y no comprende el valor del matrimonio y de las relaciones éticas. Sin duda, el divorcio aumentará, en este caso, la corruptela y acelerará la disolución de las costumbres. Los romanos estaban ya corrompidos cuando comenzaron á usar el repudio y el divorcio como medios de poner en acto el arbitrio individual, cayendo en aquellos excesos de que habla la historia. Hasta Justiniano, el matrimonio podía disolverse por mutuo consentimiento, sin la intervención del juez y sin daño pecuniario de los cónyuges. También en Francia en el siglo pasado había decaído la moralidad cuando las leyes consideraron el divorcio como una consecuencia del gran principio de libertad. La Asamblea constituyente admitió el divorcio aun en el caso de voluntad persistente de uno de los cónyuges por incompatibilidad de humor. La Convención relajó aún más los frenos, abolió la prohibición de volver á casarse pasado el año de la declaración del divorcio por mutuo consentimiento y hasta dió facultad de divorciarse al cónyuge que pudiera probar con notoriedad la separación efectiva por seis meses. El matrimonio se convirtió de esta suerte en una posición de

prueba, como lo es hoy todavía entre las tribus salvajes; y la Convención misma se vió obligada á retirar los decretos, que habían producido infinidad de escándalos. Pero si el divorcio no se considera como una nueva libertad, sino como sanción de los deberes conyugales, en tal caso la moralidad social no sufrirá perjuicio, antes bien podrá vigorizarse. El temor del divorcio en pueblos no corrompidos y en tiempos de buenas costumbres asegura el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los cónyuges y hace poco frecuente el divorcio mismo. Se ha observado que el divorcio puede coexistir con las buenas costumbres y no alterarlas, como ocurrió en la antigua Roma durante centenares de años. Entre los ingleses fué por mucho tiempo la sanción que hemos indicado, y era muy raro. La moralidad de los pueblos depende de muchas causas, entre las que deben incluirse el divorcio y el sistema de la simple separación personal; pero como estos dos factores se combinan con no pocas y diferentes causas particulares, no se puede determinar con seguridad cuál y cuánta parte tenga cada uno de ellos en la producción de aquella resultante que se llama costumbre.

Tales son los criterios con que se debe juzgar del divorcio en la historia. Admitido en América, en Inglaterra, en Alemania, en Rusia, en Suecia, en Noruega, en Dinamarca, en Suiza, en Bélgica, en Holanda, en Austria para los protestantes, en Francia, y rechazado hasta este momento tan sólo por Italia, España y Portugal, ha producido diferentes resultados según las distintas condiciones morales de los pueblos y según que ha sido concebido de una ó de otra de las dos maneras expuestas anteriormente. La Iglesia, desde un principio, trató de hacer predominar

el principio de la indisolubilidad como el más conforme con las ideas cristianas, pero no lo consiguió completamente hasta el siglo XI. En este siglo fué cuando el concepto del matrimonio como sacramento, concepto que se había ido poco á poco formando, se desarrolló en toda su amplitud, se afirmó con vigor y se convirtió en creencia y teoría universal de la Iglesia. La victoria de la Iglesia se explica con la formación de este concepto y con su decidido predominio en dicha época. Ya el influjo del cristianismo se advertía en las leyes de Constantino, las cuales restringieron la facultad del repudio, de nuevo extendida por los emperadores que le sucedieron, y en las limitaciones graduales del divorcio introducidas por el derecho barbárico. La Iglesia llegó á conseguir su originario intento mejor entre los germanos que entre los romanos, por dos razones: primera, por la falta de desarrollo del concepto de la sacramentalidad entre los romanos; segunda, porque entre los germanos el derecho de repudio era exclusivo del marido y tenía el carácter de odioso privilegio, mientras que entre los romanos pertenecía al marido y á la mujer. La influencia cristiana debía tener, como, en efecto, tuvo, mayor eficacia allí donde se negaba la igualdad. Se comprende que la Iglesia, en la lucha sostenida contra el divorcio, tuviera que hacer no pocas ni insignificantes concesiones y transacciones con el elemento laico, germánico y feudal; mas esto no significa que abdicase de su ideal. La Iglesia hizo lo que todo ente debe hacer siempre para no desaparecer de la tierra, es decir, se acomodó á las exigencias de las costumbres y de los tiempos. No debe olvidarse que la vida consiste en esta continua adaptación de lo de dentro á lo de fuera, ó sea en la constante transacción con las

contingencias exteriores. Sin embargo, justo es también consignar que algunas excepciones al principio de la indisolubilidad admitidas por la Iglesia no derivaron del elemento germánico, sino de sus mismos principios y métodos. No es de extrañar que en los primeros tiempos del cristianismo, en los cuales se oponía la ley del espíritu á la de la carne, la ciudad celeste á la terrestre, la fe á la ciencia, la pobreza voluntaria al trabajo, se prefiriese el celibato y se considerase el matrimonio como un remedio á un mal inevitable, ó sea al instinto de la fornicación. El ideal es siempre la resistencia y la victoria del espíritu sobre los instintos carnales; el matrimonio, dígase lo que se quiera, no es la perfección, porque presupone la unión corporal de los dos sexos. Esta idea que la Iglesia tuvo del matrimonio es la razón suficiente de las excepciones á que venimos refiriéndonos, y que se leen en las Capitulares francas, efecto del acuerdo entre los eclesiásticos y los laicos reunidos en concilios mixtos, y legislación de un tiempo en que los reyes se dolían de no poder convertir los cánones en preceptos. Las Capitulares reconocían el derecho de la mujer á pasar á otras nupcias si el marido no quería cumplir el débito conyugal, á fin de que la mujer pudiera satisfacer su instinto lícitamente. Dicen que si un individuo ha fornicado con la madrastra, no puede ya casarse, la madrastra no puede fornicar con el marido, que es el cónyuge inocente, y éste puede casarse con otra mujer. El marido tiene facultad para contraer otro matrimonio si la mujer ha fornicado con el cuñado ó con el padrino, porque debe abstenerse de todo comercio carnal. No es válido el matrimonio entre un sacerdote y su sobrina, y ambos podrían pasar á segundas nupcias; pero como *repre-*

hensibile est, ut relictam sacerdotis alius homo habeat, el nuevo matrimonio se disuelve, y el segundo esposo, *si se continere non potest, aliam accipiat.* Aun en los tiempos en que el principio de la indisolubilidad se transformó en dogma, pasando á ser de precepto moral ley coactiva, la Iglesia supo adaptarse á las necesidades de la vida. Y en realidad el dogma del Concilio tridentino fué redactado de tal manera que no se opusiese á las razones por las cuales algunos pueblos vivían con el divorcio en el seno de la Iglesia griega y sometidos á la república véneta. Formulado el dogma, la Iglesia sintió la necesidad de aumentar las causas de nulidad, con lo cual continuó cubriendo algunos casos de divorcio; mas no por esto puede afirmarse que el derecho canónico admita en el fondo el divorcio, porque las causas de nulidad son preexistentes al matrimonio, ó se finge que lo son, mientras que las del divorcio son posteriores.

La clase y número de las causas de divorcio vienen determinadas por el principio de justicia en armonía con las condiciones sociales. Estas causas no deben multiplicarse sin una necesidad bien demostrada por la razón y por la experiencia, para impedir la decadencia de las costumbres ó para no acrecentarla; ni deben ser tan pocas que queden excluidas aun las justas y poderosas, pues entonces el divorcio no sería un remedio suficiente. Las causas ordinariamente reconocidas por los legisladores avisados y por la razón son el adulterio, los excesos, la sevicia, las injurias graves, la condena por los delitos infamantes y á muerte, y el abandono. El adulterio es siempre ruptura del matrimonio, como lo indica la palabra alemana *Ehebruch.* Muchos opinan que el adulterio de la mujer considerado en sí sea igual al del marido; mas las con-

secuencias son distintas, porque la mujer adúltera perturba las relaciones de paternidad, cosa que no produce el adulterio del hombre. De aquí resulta que ley debe requerir condiciones especiales para admitir el divorcio por causa de adulterio, como en el caso en que el marido tenga en casa ó notoriamente en cualquier otro sitio la concubina, ó bien cuando concurran circunstancias tales que el hecho constituya una injuria grave para la mujer. Esta opinión reconoce en el adulterio de los dos cónyuges igual carácter moral y sólo se preocupa de las diferentes consecuencias de uno y otro. Supuesta tal diferencia en los efectos, se sigue lógicamente que el adulterio de la mujer, en cuanto produce mayor daño, debe hacerse objeto de sanción más fuerte; pero no puede inferirse que el marido, fuera de los casos indicados, tenga el derecho de faltar á la estimación y al respeto á su mujer, de interrumpir con un adulterio cauto la continuidad del vínculo conyugal, hasta de romperlo, y de hacer quizá madre á la mujer de otro perturbando también las relaciones de paternidad. La justicia exige, en interés mismo de las costumbres y de la dignidad de la mujer, que haya igualdad en la culpa y desaparezca el cómodo privilegio del hombre. Cuanto á los excesos, á la sevicia y á las injurias graves, Savoye Rollin decía perfectamente al tribunado: «Pensad que la mano que hiere es la que debe proteger, que la boca que profiere la injuria es la que debe pronunciar palabras de amor; pensad que las condiciones de este contrato que une la víctima al verdugo son todas ellas violadas por éste, y en tanto todas subsisten en favor suyo. La condena por delitos infamantes priva de la estimación y disminuye mucho el valor moral de la persona del delincuente; la condena á muerte produce el mismo

efecto y por añadidura hace imposible el cumplimiento de los fines del matrimonio. El abandono es también justa causa, pero la ley debe ser muy cauta al determinar los caracteres del mismo, pues en otro caso, tal motivo servirá para ocultar los fraudes y los abusos que se verificaron en Francia á la sombra de la ley de 1792. No se debe admitir como causa la locura, algunas enfermedades adquiridas y el cambio de religión, porque se causaría ofensa á los sentimientos de benevolencia y de piedad que nacen en el ánimo de los extraños y se rompería la unión más íntima de los placeres y de los dolores por una desventura involuntaria, rindiendo así homenaje al egoísmo más abyecto. La disparidad de culto, así como no es impedimento para que el matrimonio se realice, tampoco debe ser motivo de disolución, si tiene lugar durante el mismo. La unión plena en concreto se verifica más ó menos imperfectamente, y por eso no parece absolutamente necesario introducir esta causa. ¿Se debe admitir el divorcio por mutuo consentimiento? Montesquieu observa que cuando la ley establece causas de divorcio, la más fuerte es la incompatibilidad. Esta afirmación es verdadera, porque la efectiva incompatibilidad recíproca es la más clara negación de la unión plena en que el matrimonio consiste. En este caso, el mutuo consentimiento no es la causa de la disolución del matrimonio, no es más que la señal de esta disolución; por eso no vale alegar que si se admite semejante motivo, se equipara enteramente el matrimonio al contrato. El motivo de que se habla sirve para ocultar las desgracias y las vergüenzas de la propia casa, evita el ridículo é impide que un cónyuge se vea obligado á denunciar al otro, provocando quizá una condena. A fin de alejar una posi-

bilidad seria de abusos fatales para la institución del matrimonio, la ley debe rodear este motivo de toda clase de precauciones. A imitación del código francés, se podría establecer que tal motivo no puede hacerse valer antes de cierta edad ni después de otra edad más avanzada de los cónyuges; y que sea necesario el consentimiento de los padres ó de los ascendientes; privando á los cónyuges de la mitad de sus bienes en beneficio de los hijos, prohibiendo ulteriores nupcias durante tres ó cuatro años y haciendo que preceda no poco tiempo á la declaración de divorcio. Claro está que debe rechazarse el motivo de la incompatibilidad no recíproca, porque el matrimonio no es un contrato cualquiera, ni es tampoco algo inferior al contrato, el cual no se disuelve sin el consentimiento mutuo. El matrimonio no puede estar á merced de una sola persona, como aconteció en Francia en el siglo pasado.

No deben descartarse otras cuatro precauciones del código francés, que tienden á refrenar los posibles abusos del divorcio. El cónyuge culpable, por lo mismo que ha de ser considerado como ingrato, debería perder todas las ventajas que le hubiera asegurado el otro cónyuge, el cual no perdería ninguna. El cónyuge adúltero no debería poder casarse con su cómplice, en interés de la moralidad y de la paz de la familia. Las segundas nupcias sólo deberían consentirse después de un período no breve de la declaración del divorcio. Por la seriedad del matrimonio, los divorciados no deberían poder volverse á casar el uno con el otro; hecho que acontecía en Francia como medio de especular, puesto en práctica por personas sin dignidad. La condición de los hijos en caso de divorcio es la misma que les corresponde en los casos de nulidad del matrimonio, según el derecho canónico, ó de separación

personal, según las leyes civiles. Justo es que el cónyuge inocente se lleve consigo los hijos, los cuales no pierden ninguna de las ventajas que les confieren las leyes y las estipulaciones matrimoniales de los padres, aun experimentando las consecuencias provenientes de las segundas nupcias de éstos. Cierto, no es posible prohibir las segundas nupcias por favorecer á los hijos. El padre y la madre conservan su potestad sobre los hijos y contribuyen á su educación en la medida de sus propias fuerzas económicas. Es evidente que debiéndose respetar el principio de la libertad de conciencia, la ley no puede por menos de reconocer igualmente la separación, de que se aprovechará el católico, y el divorcio, al cual recurrirán los que pertenezcan á la Iglesia griega ó á la reformada, y quien no profese religión alguna. La ley no ve otra cosa que ciudadanos, á los cuales les deja en libertad para elegir una ú otra forma de disolver el matrimonio.

CAPÍTULO XX

La sociedad paterno-filial.

De la sociedad de los cónyuges, cuando nacen los hijos, se origina la sociedad paterno-filial. Al principio, esta especie de unión es más abstracta que concreta, porque los hijos no pueden todavía unir su propia voluntad y su propia acción á la voluntad y á la acción de los padres, y la sociedad en general no es efectiva sin unión de voluntades y de obras. Dicha sociedad se hace concreta desde el momento en que los hijos adquieren el discernimiento de las cosas, de sus relaciones y de sus fines, porque desde este momento se pone en acto la conspiración de las voluntades.

La naturaleza humana siente la necesidad de ampliarse. El hombre vive en otros por medio del matrimonio y revive en otros por medio de la generación. Por este hecho tan profundo y admirable de la generación, el generante, escribe Rosmini, extiende y multiplica el propio sentimiento, al que se junta un nuevo individuo que es de la misma especie del engendrador y está perpetuamente unido á él, es decir, á su sentimiento, inteligencia y afecto. Pues el acto de la generación se realiza mediante el hombre todo, el cual con

el sentimiento fundamental, que ha llegado á su máxima excitación, se derrama y se asienta en el término del acto mismo, ó sea en el engendrado; por lo que entre engendrador y engendrado existe una íntima comunicación mediante un término común que nace de un común sentido. Y aunque la unión corpórea cesa cuando el engendrado ha salido á la luz, siempre permanece la unión de los sujetos; por eso en las Sagradas Escrituras se llama al hijo chispa, incremento de los padres, prole, y Dante lo llama ramo y fronda de los mismos. De aquí resulta, prosigue Rosmini, que el engendrador tiene primeramente con el engendrado una relación causal, puesto que con el acto generativo ha dado lugar á una nueva vida. A este acto sigue un segundo vínculo necesario, una comunicación de sentimiento entre engendrado y engendrador, comunicación que no puede borrarse en ningún tiempo. Sobre este doble vínculo se funda la sociedad paterno-filial. Por el vínculo de causa los engendradores son naturalmente superiores á su prole y pueden ejercitar sobre ella aquella potestad que á nadie más le es lícito ejercitar; por el de unión sentimental se sienten llamados á un amor especial y fortísimo hacía sus hijos; y este amor, como todo recto sentimiento de la naturaleza humana, es para ellos un deber. De las relaciones de sangre entre padres é hijos nacen los *jura sanguinis*, comunes al padre y á la madre, *jura* que son indestructibles aun cuando el hijo salga de la sociedad doméstica. Semejantes derechos son esencialmente individuales, señoriales, y participan del dominio. De las relaciones sociales, originadas por el vínculo de la sangre y no indisolubles como éstas, derivan los *jura familiae* ó sea los derechos de sociedad doméstica, que corresponden especialmente al jefe de la casa. La na-

turaleza ha infundido en el ánimo de los engendradores dos sentimientos, el de engendrar hijos para el propio bien y el de engendrarlos para bien de los mismos hijos y de su descendencia. Y los hijos, sin menoscabo de su dignidad personal, son por una parte medio de goce y de todos los bienes que de ellos pueden obtener los padres, y por otra, fines por respecto á los cuidados que éstos deben prestar. De la condición de medio que tienen los hijos, provienen los derechos de los padres; de la condición de fin que tiene el hijo considerado en su personalidad, emanan los deberes de los mismos padres. El derecho de éstos á sacar de los hijos el provecho propio, derecho que se resuelve en señorío ó dominio, se funda sobre el sentimiento de engendrar los hijos para el propio bien; el otro derecho de proveer al bien de los hijos se funda sobre el sentimiento de engendrarlos para el bien de los mismos hijos y de su descendencia. Si estos dos sentimientos se conciben en su perfección, tenemos que el primero, que se contenta con poco, se sacrifica de buen grado al segundo, que es el que predomina. De donde la patria potestad es un derecho señorial, pero subordinado al derecho gubernativo de la sociedad doméstica, que tiene por objeto la utilidad de los hijos y toda clase de bienes de éstos.

La teoría de Rosmini no debe confundirse con aquellas antiguas teorías que deducen el derecho de los padres y la patria potestad de sólo la fuerza natural y causal adquirida en el cumplimiento del matrimonio ó en la procreación de los hijos. Para que esta fuerza natural pueda convertirse en el fundamento humano de la patria potestad, debe elevarse hasta los principios espirituales y hasta los fines éticos. El mismo Rosmini tiene el cuidado de colocar siempre al lado de la relación de causalidad el vínculo necesario de

la comunicación de sentimiento entre engendradores y engendrados, por virtud del cual los engendradores sienten un amor fortísimo hacia los engendrados por ellos; amor que es también un deber, como el autor dice. Ahora, el deber de amar á los hijos se resuelve en el de procurarles toda clase de bienes, de protegerlos, de criarlos y de educarlos, transfundiendo, según el pensamiento de Platón, los beneficios de la madurez y de la vejez á la adolescencia y á la juventud, juntando la sabiduría y la prudencia á la fuerza. Mediante este deber, el instinto se eleva hasta la razón y el derecho primario ó de los *antecedentes de naturaleza* de la escuela estoica se compenetra con el derecho secundario, ó con los *consiguientes* y de ellos recibe norma y rigor. Primeramente en dicho deber, y después en el sentimiento de los engendradores de procrear hijos para sí es donde hay que buscar la base verdadera y última de la patria potestad. Que Rosmini no tiene otro concepto diferente de la patria potestad se deduce del hecho de haber él subordinado, de un modo expreso, el derecho señorial que en aquélla se halla contenido al derecho gubernativo de la sociedad doméstica. El derecho señorial es la consecuencia inmediata de la causalidad, y el derecho gubernativo deriva del amor de los engendradores, que es también un deber. Las palabras que á veces emplea Rosmini podrían dar lugar á equívocos; pero una atenta lectura de las páginas en que se trata de la sociedad paterno-filial disipa todas las dudas. Dominio, señorío y medio son palabras que referidas á personas no tienen el significado que tendrían si se refirieran á cosas. El hijo está sometido al dominio del padre, á su señorío, y es un medio suyo, en cuanto una persona puede serlo, salva siempre la dignidad

personal, escribe Rosmini. El padre es causa del hijo en cuanto un hombre puede serlo de otro; y lo mismo se dice en cuanto al hijo como efecto del padre. La antigüedad, escribe Rosmini, advirtió en los hijos una extensión tal de la existencia misma de los padres, que llegó hasta el exceso de considerar al hijo como cosa del padre. Al contrario, parece que las leyes modernas se inclinan á considerar al padre en la relación de sólo medio para el bien del hijo.

En el derecho primitivo, la patria potestad nacía del sentimiento de obediencia pasiva de los hijos á la voluntad del padre, que era más fuerte y poseía sentido práctico. La religión aconsejaba al indio fiel, nacido para estudiar dos veces los libros sagrados, el retirarse de la vida activa cuando se hacía viejo, convirtiéndose en asceta y eremita. Esto no significaba que los hijos, en cualquier momento de la vida y contra la voluntad del padre, tuvieran el derecho de pedir la división de los bienes. La potestad paterna ha sido siempre plena entre los indios, á juzgar por lo que se halla escrito en el código de Manú y de Nerada. En Esparta se hallaba el sepulcro de la familia, y no había patria potestad; en Atenas la hubo, no tuvo un nombre particular, pero revistió cierto carácter de tutela y de protección, fundado sobre la presunta inteligencia del padre, según también enseñaba Sócrates. Este principio, entendido de un modo absoluto, no garantizaba el obsequio debido al padre ni la obediencia, porque el hijo tenía que medir la inteligencia del padre por la propia; en semejante confrontación podía algunas veces advertir su superioridad y creer que no debiera obedecer. En tiempo de Aristófanes se presentía la insuficiencia de tal fundamento de la patria potestad, y ya comenzaba ésta á disolverse, preparando la disolución del Estado.

En Roma, la patria potestad era un conjunto de derechos extensísimos y absorbentes de la personalidad de los hijos; se aproximaba no poco al dominio, á la *plena potestas in re,* y no encontraba límites más que en la cualidad de magistrado, cuando la poseyera el hijo, en las guerras y en las conquistas, que alejaban á los hijos de los padres. La patria potestad la constituyeron los romanos de manera tal, que sus derechos se contraponían á los del mismo Estado. Por semejante poder casi ilimitado, la familia era un reino, que existía dentro de una república libre, haciendo la vida de ésta fuerte y vigorosa. Ni dejó de existir la piedad doméstica en el seno de la familia, antes bien se desarrolló cuando la autoridad paterna era severa, y sirvió para templar el rigor de ésta. En la Edad Media, por efecto de las leyes barbáricas, la patria potestad adquirió aquel carácter de defensa y de tutela del *mundium,* que se ha visto existió en Atenas. Predominando el individualismo, las instituciones y los poderes se convirtieron en medios para el bien de los particulares; no es, por consiguiente, de extrañar que se considerase al padre solamente como medio para el bien del hijo, nunca como fin. En atención á las ideas de libertad personal, se quiso debilitar la patria potestad, y se pensó que una constitución libre no puede coexistir con una familia fundada sobre una autoridad rigurosa, olvidando así el ejemplo romano y el que ofrece también la Grecia, en donde la decadencia del Estado comenzó en la época en que se debilitaron los vínculos de familia y el poder paterno. En los tiempos *humanos,* la patria potestad, aunque se despoja de todas las antiguas apariencias de ferocidad y dureza, se hace tanto más fuerte cuanto más se conforma con los principios de razón. La verdadera fuerza, decía Spinoza, está en en-

tender; los sentidos y las pasiones son debilidades. En dichos tiempos, el derecho paterno no es anterior al deber de cuidar, de instruir y de educar á la prole, sino que viene después y se funda sobre el deber mismo. Las relaciones éticas se ven en su integridad é íntima conexión orgánica; pero el padre deja de ser considerado sólo como medio y se muestra también como fin. Puede, pues, repetirse en este caso lo que se ha indicado tocante á la relación entre el Estado y el individuo, medios y fines recíprocos.

De lo anteriormente expuesto es lógico inferir que la patria potestad corresponde indistintamente á ambos padres, porque ambos tienen la obligación de criar, instruir y educar á la prole. No se puede negar tal potestad á la madre, la cual toma tanta parte y tan considerable en la crianza y en la educación de los hijos. Pero durante el matrimonio la ejercita el padre, con el fin de dar unidad á la familia y por corresponderle al hombre aquellas dotes y aptitudes de que hemos hablado al ocuparnos de la autorización marital. Disuelto el matrimonio, la patria potestad no cesa ni se convierte en tutela, según prescribe el código francés, sino que la ejerce el cónyuge supérstite, según lo que dispone el código italiano. Esta innovación introducida entre nosotros está conforme con el derecho natural, pues no hay ninguna razón para que aquella potestad, que es común durante el matrimonio, se convierta en tutela cuando muere uno de los padres. En tal caso, la ley desconfiaría sin fundamento de los padres, en los cuales ha puesto siempre mucha confianza para la ordenación de las relaciones domésticas. Cuanto á los derechos contenidos en la patria potestad, debe observarse que si al padre no se le debe conceder la facultad de hacer encerrar en la cárcel al

hijo extraviado, no se le puede negar el derecho de alejarlo de casa dándole estrictamente los alimentos y de constreñirlo á entrar en un establecimiento de corrección. Si la patria potestad debe hallarse fuertemente constituida, es claro que no se puede admitir una acción de los hijos para pedir asignaciones ó dote. Por lo que toca al patrimonio, el padre tiene derecho á administrar los bienes del hijo, cuya incapacidad suple, y tiene el usufructo legal sobre aquellos bienes que el hijo adquiera á título lucrativo. Este usufructo se halla establecido más en interés del padre que en el del hijo, y proviene directamente de su derecho señorial, subordinado al poder administrativo de la sociedad doméstica; se halla por eso limitado por algunas condiciones y recae sobre adquisiciones especiales. La patria potestad no es ilimitada; la ley fija siempre los modos de templarla, y los de hacerla cesar cuando los padres, por culpas graves, se hayan hecho indignos de ella.

Mientras dura la patria potestad, no ha lugar á la tutela como instituto independiente, porque en el concepto de la primera va siempre comprendido el de la segunda. Pero la patria potestad puede cesar cuando todavía haya en la familia personas que, por su edad, tengan necesidad de ser educadas, suplidas y protegidas. En este caso aparece la tutela, que representa un succedáneo de la patria potestad; constituye también un deber social, por cuanto hay obligación de prestar ayuda á quien no se halla en disposición de atender á sí propio y á sus cosas. La tutela se desenvuelve en la esfera doméstica, y bajo este aspecto entra en el campo del derecho privado, siendo al mismo tiempo cargo público, social, en cuanto consiste en el deber indicado; por lo que bajo este aspecto se refiere á las funcio-

nes del Estado y se conexiona con los principios de derecho público. Este carácter de cargo público lo ofrece también la tutela que no supone las relaciones de paternidad, y que, por tanto, no puede decirse que sea un succedáneo de la autoridad, esto es, la tutela á que se hallan sometidos los afectos de enfermedad mental. Los mismos derechos inherentes á la patria potestad se hallan siempre contenidos en la tutela, si bien de una manera más restringida, ora la tutela se aplique á los menores, ora á los dementes. El derecho romano, al tratar de la tutela, se fijó más en la parte referente á la administración de los bienes; en cambio, el derecho moderno tiende á desarrollar la función educadora propia de la patria potestad, función tan importante en nuestros tiempos, en que la buena educación es un capital que da excelentes frutos. De aquí resulta que la tutela, por efecto de semejante carácter ético, no se debe confundir con la *negotiorum gestio;* porque la tutela, por un lado, es una institución doméstica y comprende estrictamente los derechos de la patria potestad, y por otro es *munus publicum*. En efecto, el gestor se presta libremente á serlo, y el tutor lo da el padre, la ley, el magistrado ó un consejo. La tutela testamentaria se presenta como la primera forma de tutela y como forma preponderante, porque el padre mejor que nadie puede designar la persona que estima más idónea para sucederle en la educación de su hijo. A falta de tutela testamentaria interviene la ley, y sin carecer de circunspección, organiza la tutela según los vínculos de la sangre, en los cuales es en los que más confía. A falta de parientes, la tutela es dativa, ó sea la da el magistrado, y ahora ya el consejo de familia y el de tutela. En nuestros días la tutela puede nacer también por interdicción á causa

de enfermedad mental. En Grecia la tutela fué sólo testamentaria y dativa, porque en el presunto heredero del pupilo no se tenía confianza alguna como tutor. En Roma, la tutela comenzó siendo testamentaria, después fué un derecho de los agnados, y por último fué dativa. La tutela germánica fué el *mundium,* que correspondía á los parientes más próximos. Entre los longobardos, los tutores de toda clase tenían necesidad de los jueces para los actos más importantes, y los jueces debían convocar algunas veces á los parientes, como para la enajenación de los inmuebles. En semejantes reuniones se advierte el tipo del actual consejo de familia, presidido por el magistrado. El derecho, al organizar la institución de la tutela, no debe presumir en el tutor la plenitud del amor paterno ni en el pupilo la verdadera devoción filial; debe adoptar todas las precauciones más oportunas para obligar á los tutores á ser diligentes y escrupulosos, aunque teniendo confianza en los vínculos de familia. Si el deliberar es propio de varios y el ejecutar de uno solo, y si el Estado debe vigilar el ejercicio de la autoridad tutelar, conviene encomendar la deliberación á un consejo de familia presidido por el magistrado y la ejecución al tutor. La vigilancia del Estado puede realizarse, bien con sólo la intervención del magistrado, bien mediante el mismo consejo de familia, en el cual entra también el magistrado: el código italiano acepta el segundo sistema. Diferénciase de la tutela la curaduría, que se aplica á los inhabilitados, esto es, á los menores emancipados y á los pródigos. La curaduría sólo se refiere á los intereses patrimoniales, mientras que la tutela comprende los derechos de la patria potestad en medida menor, según queda dicho. Nótese que el individuo sometido á curatela no puede,

sin la existencia del curador, realizar actos que no correspondan á la capacidad de administrar. Antes, según el código, el menor emancipado tiene necesidad, para realizar algunos actos de tal clase, de la autorización del consejo de familia, y para otros de la aprobación del tribunal.

Se ha dicho que el hombre no sólo quiere vivir en otros, sino que quiere revivir en otros. La primera tendencia se satisface con el matrimonio; la segunda impulsa al hombre á la generación, mediante la cual queda satisfecha. Ahora, puede ocurrir que una pareja no tenga prole, ó que algunos individuos se abstengan de contraer nupcias por enfermedad ó por previsión. La pareja sin prole es infeliz, porque no revive en otros; los individuos que por enfermedad ó por previsión renuncian al matrimonio son doblemente infelices, porque ni viven ni reviven en otros. El Estado no tiene derecho para condenar á la soledad y á la infelicidad á estos individuos ni para negarles el reconocimiento civil de la generación espiritual, no menos real que la generación corpórea y que se revela como efecto de la filogonía. Acontece en la vida que muchos asumen voluntariamente el cuidado de criar y educar á hijos abandonados ó confiados á su benevolencia, adquiriendo con el tiempo sentimientos no diferentes de los de la verdadera paternidad, y esperando como pago la devoción filial de tales niños cuando lleguen á ser adultos. En las relaciones de familia y en las afecciones que de las mismas derivan, adquiere siempre el hombre la idea de la verdadera y única felicidad que le sea dado alcanzar; y á falta de estas deliciosas afecciones, trata de procurarse otras semejantes á ellas, cansado del vacío á que se ve condenado. Antes que la adopción de derecho, hay una

adopción de hecho, fundada sobre sentimientos propios de la naturaleza humana. *Adoptio imitatur naturam,* enseñaban los antiguos, *atque in eorum solatio inventa est qui liberos non susceperunt aut susceptos amiserunt*. Por otra parte, la adopción tiende á la conservación de la familia, amenazada de un próximo fin; tiene su motor en la filogonía, y al mismo tiempo perpetúa aquella unidad orgánica y ética que es la molécula y el quicio de un organismo ético aún más vasto y más alto, es decir, del Estado. Cuanto más aparece en la historia la familia, como núcleo vigoroso y potente con caracteres religiosos, civiles y políticos, tanto más se hacer sentir la necesidad de la adopción, la cual alimenta dicho núcleo y lo preserva de la destrucción, aun funcionando como principio constitutivo de las antiquísimas repúblicas. Sabido es que éstas se fundaban todas sobre el parentesco de los que las formaban; y cuando dicho parentesco no era natural, debía ser civil. En estos tiempos, la adopción no puede tener por fin el consuelo, sino el fin social y político de la conservación de la familia. En efecto, el concepto romano de la *solatio liberorum amissorum* sólo se encuentra expresado en las fuentes en el caso excepcional de una adopción realizada por una mujer. En la edad moderna, como la familia constituye la unidad de que hemos hablado, se advierte menos la necesidad de la adopción, pero aún existe. Esta unidad no es tan compleja y fuerte como la romana, pero todavía existe, y no puede menos de existir, porque la familia es un todo orgánico. La diferencia entre las dos unidades es la siguiente: la unidad antigua consiste en el interés del padre de familia; la nueva está en el interés de la familia misma. Esto supuesto, es evidente que la adopción, ó sea el acto jurídico por el

cual se establece entre dos personas extrañas una relación de paternidad y de filiación, no puede considerarse exclusivamente como un asunto privado, que se realiza para mera satisfacción de las partes. La adopción produce el cambio de estado, porque el adoptado se hace hijo del adoptante y adquiere el derecho á la sucesión legítima, además del derecho á los alimentos y al nombre de quien le adopta. El estado de las personas no es objeto de contrato, sino de ley; esta es la razón de las solemnidades de la adopción y de la intervención del magistrado. La adopción es siempre imitación de la naturaleza; por tanto, no puede romper los vínculos de la sangre y de parentesco entre el adoptado y su familia; y como el móvil de la misma es un sentimiento personal consagrado por la ley, se sigue que sus efectos deben limitarse á las relaciones entre el adoptante y el adoptado, sin extenderse á sus respectivas parentelas. Aquella ruptura y esta extensión están fuera del verdadero y genuino concepto de la adopción. La adopción tiene siempre la gran ventaja de impedir matrimonios tardíos, ordinariamente de corta duración y poquísimas veces felices.

La adopción ha sido muy combatida, especialmente en Francia, donde no tenía tradiciones. Los jurisconsultos franceses, á quienes entre nosotros siguió Pisanelli, decían que sólo la naturaleza es la que puede constituir la relación de paternidad y filiación, y que la ley no puede borrar las sagradas afecciones que derivan de los vínculos de la sangre. Pero no reflexionaron que la institución de la adopción no se ha introducido para romper los vínculos naturales ni para conferir al parentesco que de aquélla nace mayores efectos que los que produce el parentesco fun-

dado en los vínculos de la sangre; como tampoco han considerado que la adopción es siempre *imago* y que no puede tener los atractivos de la verdadera familia, cuyos intereses no perjudica, pues la adopción no puede verificarse cuando se tiene hijos legítimos. El perjuicio sólo lo experimentan los colaterales y los parientes que pueden ser llamados á la herencia; mas no es justo sacrificar la libertad y la felicidad del individuo á estos vínculos, los cuales no constituyen la familia en el estricto sentido de la palabra. Los enemigos de la adopción añadían que ésta es inútil, puesto que la libertad de testar es hoy muy amplia. La beneficencia puede perfectamente realizarse por medio de los legados piadosos, sin que sea necesario introducir relaciones artificiales de paternidad y filiación. Estos autores no han tenido en cuenta que la benevolencia que sirve de móvil á la adopción no es la benevolencia simple y común, sino que es la benevolencia que se enlaza con la filogonía y adquiere las formas de la devoción filial y el encanto del amor paterno. Además, la adopción no se debe considerar sólo en relación con los individuos á los que sirve de consuelo, sino también en relación con el interés de la familia, que tiende á conservarse mediante aquella institución. Ni ha dejado de objetarse que la adopción es creación feudal, olvidando que ha existido en el derecho primitivo, en la India, en Grecia y en Roma. La adopción no está esencialmente ligada al feudalismo, puesto que la concesión de los títulos y de las armas no dependía de la voluntad del individuo. Por último, se ha dicho que la adopción sirve para eludir la prohibición legal del reconocimiento de la filiación reprobada. Pero, ¿no son los magistrados los llamados á aprobar la adopción y á velar para que no se

eluda la prohibición? Un jurisconsulto italiano, Vigliani, razonaba en el Senado de la siguiente manera: O la posteridad del que quiere adoptar es conocida, ó al menos sospechada por el público, y entonces los magistrados no admitirán la demanda de adopción; ó es completamente ignorada y oculta, y entonces la adopción tendrá lugar, no habiendo motivo justo para lamentarse de que un hijo infeliz, privado de asistencia y de familia, encuentre una y otra en el beneficio de la adopción, sin escándalo de la sociedad, que no conoce los secretos vínculos naturales que unen al adoptado y al adoptante.

Siendo el derecho un principio ético, no debe fomentar las uniones ilícitas. Pero debe proteger á los hijos nacidos fuera del matrimonio frente á sus padres, los cuales tal vez no tienen afecto, ó lo tienen ahogado por los intereses de la familia legítima y por las conveniencias sociales; debe también sacar todas las consecuencias de la responsabilidad de la culpa, la cual *tenet auctores suos,* y no se extiende á nadie más. El derecho no puede igualar la condición de los hijos nacidos fuera de matrimonio á la de los hijos legítimos, porque tiene la misión de proteger la moralidad y el orden de las familias. Los hijos nacidos fuera de matrimonio son, ó simplemente naturales, ó adulterinos, ó incestuosos; las dos últimas categorías derivan *ex nefario coitu,* de uniones delictuosas. Pero la culpa y los delitos de los padres, ¿deben sustraer á éstos de la pena merecida y del resarcimiento de daños, para que paguen los inocentes hijos? La infamia y la privación de algunos derechos, decretada por las leyes civiles, escribe Rosmini, pertenecen á aquella edad del mundo en la que el principio individual estaba envuelto en la común naturaleza y en ella obraba, por lo que la culpa

de un individuo la pagaba su estirpe. Pero esta edad ha pasado: el Evangelio ha desenvuelto completamente y realzado la personalidad humana; la opinión pública va cambiándose acerca de este particular. Ya es tiempo de que las leyes castiguen severamente la culpa de los padres con penas que sólo les alcancen á ellos, que protejan á los inocentes ilegítimos y los declaren limpios de toda nota de infamia y libres de los daños inherentes á esta nota. La justicia exige que los hijos adulterinos é incestuosos sean considerados de la misma manera que los hijos naturales (como lo prescribe el código austriaco) y que no se les conceda tan sólo, *pietatis gratia*, los alimentos. Los hijos adulterinos é incestuosos tienen también derecho á ser criados, instruídos y colocados por los padres, cuya tutela legal, tan próxima á la patria potestad, debería hacerse extensiva á los mismos. Las leyes deben admitir el reconocimiento de esta clase de hijos, sin temer juicios más escandalosos que los que ellas mismas hacen ahora posibles en los casos de la acción de desconocimiento de la prole y de la demanda de nulidad de matrimonio por incesto. Mediante el reconocimiento se descubrirá el delito del adulterio y del incesto, la justicia podrá así recaer sobre quien la haya violado, las víctimas del delito tendrán una indemnización de los daños sufridos y la responsabilidad del individuo se reforzará, haciéndose de este modo menos frecuentes las uniones criminosas. Ni es posible negar á tal prole un limitado derecho de sucesión, por la misma razón por la que hay que atribuirle los demás derechos (que actualmente, entre nosotros, sólo corresponden á los hijos naturales), esto es, por su inocencia y en virtud de la máxima: *Factum cuique suum nocere debet*. Si los derechos de los hijos adulterinos é incestuosos deben



ser los mismos que los de los hijos naturales, los derechos de los hijos nacidos fuera de matrimonio no pueden ser iguales á los de los legítimos, porque el fin de la integración personal sólo se reconoce en el matrimonio; la función reproductiva y educativa pertenece á la verdadera familia según la organiza el Estado conforme con los dictados del derecho de razón y las condiciones de la civilización. Aquí debe armonizarse el sagrado derecho á la vida y las obligaciones de los padres con las exigencias del todo ó de la sociedad. En la historia vemos que cuando el matrimonio era un hecho regulado más por las costumbres que por las leyes, y cuando todo se hallaba á merced del padre de familia, había poca diferencia entre los hijos naturales y los legítimos: sirvan de ejemplo los tiempos heroicos de la Grecia, como también los del patriarcado hebraico. Las leyes griegas posteriores á los tiempos heroicos fueron severas con respecto á los hijos naturales, y su severidad duró hasta el día en que Pericles, viéndose sin hijos legítimos, quiso legitimar á su propio hijo natural. En Roma se admitió el concubinato, teniendo como fundamento la disparidad de las condiciones; los hijos que procedían del mismo tenían derecho de sucesión pretoria á los bienes de la madre y de su familia, pero del padre no podían obtener sino los alimentos. En la época imperial se les consideró como hijos naturales del padre, el cual adquirió la patria potestad y pudo legitimarlos, mas no se le concedió la facultad de disponer en su favor: facultad que después concedió Valentiniano sobre parte de los bienes. Justiniano los admitió á la sucesión cuando el padre hubiera muerto sin testamento, ó cuando no existiese esposa ni hijos legítimos y no les hubiera dejado nada. En

todo caso, los hijos naturales tenían derecho á los alimentos. Pero, según Justiniano, los hijos *ex nefario coitu* ni siquiera poseían derecho á los alimentos, mientras que se consideraban como cognados en tiempo de Gajo, el cual los enumeró entre los *vulgo quaesiti,* á quienes se admitía á la sucesión pretoria. Los hijos *ex damnato coitu* no tenían acción contra el padre; pero su cualidad podía probarse, ó para impedir, ó para hacer declarar incestuoso un matrimonio, ó para anular las disposiciones en favor de esta clase de hijos. El concubinato fué al fin prohibido por el derecho canónico. Por un lado, surgió el matrimonio morganático, que era el que se contraía entre personas de desigual condición, y sólo daba derecho á la prole á aquella porción de bienes que le correspondiera en el momento en que aquel se celebraba; y por otro lado apareció el matrimonio de conciencia, celebrado secretamente y que no producía efectos jurídicos definidos. El concubinato continuó, á pesar de la prohibición; pero los bastardos, que alguna vez ascendieron al trono, fueron considerados como incapaces de sucesión y de estado eclesiástico y como teniendo derecho á sólo los alimentos. Los bienes de los bastardos, á su muerte pertenecían á los señores y al fisco; bastante tarde las costumbres les reconocieron el derecho de testar. La Revolución francesa llamó á la sucesión de los padres lo mismo á los hijos naturales que á los legítimos, excluyendo á los adulterinos. El código atribuyó á los hijos naturales una parte menor que la de los legítimos en la sucesión y sólo concedió el derecho de alimentos á los adulterinos é incestuosos, distinguiendo la prole natural susceptible de reconocimiento de la que no lo es.

Si el hijo natural tiene también por ley un propio

estado de familia, no debe privársele de la facultad de buscar á sus padres y de reclamar su estado de hijo. Algunos códigos, como el francés y el italiano, admiten la investigación de la maternidad y prohiben la de la paternidad; sin embargo, también permiten esta última, el francés sólo en el caso de rapto, y el italiano en el de rapto y estupro violento, cuando uno y otro coincidan con el tiempo de la concepción. Claro está que tales códigos ofenden la justicia, porque consagran el monstruoso privilegio del seductor, el cual se sustrae á la responsabilidad de sus acciones, dejando á menudo en grave embarazo á una joven inexperta y honrada y haciendo recaer los efectos de su brutal egoísmo sobre inocentes criaturas. La acción de paternidad no sería nueva; tiene en su favor el testimonio de la historia, puesto que la admitieron los romanos, la conservaron el derecho canónico y el germánico, y ha existido hasta fines del siglo pasado, en unos sitios con muchas precauciones y con gran circunspección, y en otros con grandes facilidades y frecuentes abusos escandalosos. En Francia existió esta gran facilidad; por lo que ocurría que el honor de personas respetables y la paz de las familias estaban muchas veces á merced de la astuta maldad de cortesanas apoyadas por testigos falsos y por gentes de mal vivir. Abolida en Francia dicha acción por las continuas injusticias á que daba lugar, las leyes civiles se distinguieron en dos categorías, según que se atenían al antiguo derecho ó al derecho francés. En las naciones en que se aceptó el derecho francés, y máxime en la misma Francia, mediante los estudios de legislación comparada, comenzó á hacerse el examen de la justicia intrínseca de la institución de la prohibición, y más tarde apareció también una reacción contra la misma.

La prohibición de investigar la paternidad se consideró como una forma de la odiosa y ciega supremacía del varón, más fuerte que la mujer, y se dijo que no debe considerarse como una ofensa á la moralidad el reconocimiento forzoso de los frutos de la seducción ó de uniones pasajeras, si las leyes admiten los reconocimientos espontáneos y las mismas introducen la sucesión legítima de los hijos habidos en concubinato. Antes bien, cesando el brutal privilegio y despertándose en el hombre el sentimiento de la responsabilidad, se instituye una saludable contención. Esta es también la opinión de varios filósofos del derecho, como Ahrens y Trendelenburg. Rosmini critica el principio según el cual si las uniones no son legítimas, puede comprobarse la maternidad, pero no la paternidad. Que el padre no se pueda comprobar, es cosa que ocurre muchas veces, no siempre; ahora, ¿porqué excluir al padre cuando no faltan pruebas ciertas que demuestren quién es? Adviértanse bien estas imperfecciones de las leyes, ocasionadas por el poco desarrollo de la facultad de abstraer. Primeramente, los legisladores se contentaron con razonar sobre principios que eran verdaderos algunas veces, pero no todas. Por lo que en aquellos casos en que los principios no regían, el derecho natural se resentía de las disposiciones de éstos, como quedando privado de defensa, ó aun violado. El perfeccionamiento de las leyes consiste, pues, en esta parte en pasar de pocos principios generales, de los cuales se sacan los más frecuentes casos jurídicos, á otros principios y reglas más especiales, que poco á poco van recogiendo los casos más refractarios y abrazando así todo el campo del derecho racional. No sólo, prosigue Rosmini, no pueden ser consideradas las nupcias como la única prueba de

la paternidad, pudiendo haber otras, sino que á veces son una prueba ineficaz. Las nupcias establecen una presunción legal más bien que una prueba lógica. Por tanto, no es maravilla el que más tarde los jurisconsultos reconocieran la existencia de diferentes casos en los que la presunción debía ceder ante la verdad del hecho de la ilegitimidad del hijo, demostrado de alguna otra manera. Y si es justo equiparar los hijos adulterinos y los incestuosos á los naturales, se sigue que los primeros pueden ser reconocidos y legitimados y pueden investigar el padre, si es que esta investigación es conforme á la razón.

Dos son los modos por los cuales se puede inferir la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, á saber: la opinión del padre y un concurso de circunstancias extrínsecas. La opinión del padre puede perfectamente conocerse por algún medio de prueba escrita, acompañada de la testifical ó de otros medios probatorios acerca de las relaciones entre el padre y la madre; y no debe deducirse tan sólo del reconocimiento solemne. En los países en que no se halla establecida la precedencia del matrimonio civil, puede tal opinión inducirse de la celebración del matrimonio religioso, y siempre resulta de la posesión de estado, equiparada con razón á un verdadero reconocimiento. Seguramente que de un modo implícito está reconocido como hijo el que por mucho tiempo es llamado con este nombre, es tratado como tal y la opinión lo reputa como hijo. La prueba de la paternidad natural por medio de circunstancias concomitantes, ya admitida en los casos de estupro y de rapto, se debe extender á otros casos en que hay motivos suficientes para admitirla. La custodia del vientre, por ejemplo, que consiste, en la cohabitación *more uxorio*, en la

vigilancia del hombre sobre la mujer en la época de la concepción, unida á la conducta honrada de la misma mujer; la seducción simple de una niña y la de una mujer honrada de cualquier edad mediante falsa promesa de matrimonio, deberían ser los casos principales de investigación de la paternidad, porque la justicia lo exige, la prueba es posible y no siempre difícil. Piénsase que sólo la doncella seducida es la que puede ofrecer la prueba, no las mujeres que hayan tenido ya varios contactos. El abuso de la prueba era posible cuando se daba crédito á sólo la declaración jurada de la seducida que se hallaba en estado de embarazo. Dicho abuso fué menor cuando se añadió el otro elemento de las relaciones íntimas habituales; y no habría que temer mucho si además se requiriera, como lo hizo la Convención, un escrito del padre y la posesión de estado.

El derecho debe poner en camino de convertirse en moral lo que originariamente no lo es; y por eso admite como reparación de una injusticia la legitimación por subsiguiente matrimonio, ó por decreto, en los casos en que el subsiguiente matrimonio no sea posible. Fácilmente se comprende que el hijo legitimado tiene los mismos derechos que el hijo legítimo. Con este principio y con el otro de la responsabilidad se enlaza el argumento del torno de los expósitos, que es la sima del estado civil de millares y millares de hombres, que multiplica los abandonados y es también infame causa de la exposición de los mismos hijos legítimos, máxime en los grandes centros. El torno es una forma antigua de la caridad ciega é irracional, y se ha suprimido en gran parte de los países civilizados cediendo el puesto á varios centros de presentación de los niños con su fe de nacimiento. Tales centros tienen la ventaja de evi-

tar la exposición de los hijos legítimos y no pocas veces ofrecen un punto de partida á las futuras investigaciones del desgraciado expósito. Algunas leyes permiten á los padres el no declararse en la partida de nacimiento, otras ordenan que la madre esté siempre obligada á declararse. Estas últimas son sin duda las más conformes al derecho racional y se inspiran en el principio de la responsabilidad. Las primeras no ponen en acto la justicia rigurosa porque temen el infanticidio. Verdaderamente, el temor no es vano, tratándose de salvar el honor y queriendo evitar desastrosas consecuencias; pero en este argumento, como en otros, depende mucho de la diferente moralidad de los pueblos y de las diferentes costumbres. El temor no es fundado por lo que se refiere á la supresión del torno, porque se ha visto que en los países donde el torno existe los infanticidios han aumentado á veces y en cambio han disminuido en aquellos donde el torno no existe. Lo cual no quiere decir que la existencia ó no existencia del torno sea causa eficiente de aumento ó de diminución de delitos de esta especie. La experiencia nos enseña que el infanticidio tiene lugar de ordinario antes de que la madre experimente las emociones de la maternidad y cuando falta una persona de confianza á quien encomendar, al menos temporalmente, la víctima de la propia falta. Si las emociones han sido experimentadas y existe una persona de confianza, el niño se salva, importando poco que haya torno ú oficina de presentación, pero sin obligación de declarar la madre en el acta de nacimiento. Para evitar los infanticidios, el torno debería colocarse á la cabecera de la mujer que da á luz.

CAPITULO XXI

Idea, historia y fundamento de la sucesión.

La muerte extingue la persona y muchas de sus relaciones. Pero sus bienes, sus derechos y obligaciones continúan existiendo, y forman aquel *nomen* ó *universitas juris* que se llama herencia. *Hereditas,* dicen las fuentes, *nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit*. El *heres* se coloca en lugar del *herus* y representa su personalidad, convirtiéndose en un nuevo sujeto de derecho al cual se atribuye el *universum jus defuncti*. El sucesor á título universal está obligado á pagar las deudas del difunto y á levantar las cargas de la herencia; á diferencia del sucesor á título particular ó legatario, el cual no representa la persona del difunto, sucede únicamente en las cosas que se le hayan legado y sólo debe responder de las cargas que graven sobre estas cosas, ó de las impuestas por el testador. Ahora, la herencia, por un lado se relaciona con la familia, por cuanto aparece cuando ésta se disuelve y se descompone en sus elementos ó en otras familias, y por otro, se relaciona con la propiedad, en cuanto produce la transmisión del patrimonio. Por tanto, el derecho hereditario presupo-

ne lógicamente la sociedad paterno-filial y la conyugal, el derecho doméstico y matrimonial, y puede considerarse como la última parte del derecho de familia y aun del derecho privado, porque las relaciones privadas tienen su término en la vida individual y doméstica. Las bases de este derecho se hallan en la comunidad de familia y en la voluntad libre del propietario. Si todo el derecho hereditario se fundase sobre la familia, el individuo quedaría enteramente absorbido por este cuerpo colectivo, perdería su personalidad y no se reconocería otra forma de sucesión más que la legítima. Si, por el contrario, se hiciera todo él consistir en la voluntad del individuo que dispone, las razones de la familia quedarían negadas y el particular sería árbitro de sus deberes. En este caso no habría sucesión legítima, sino sólo sucesión testamentaria. El derecho hereditario debe, pues, armonizar las razones de familia con las justas pretensiones del individuo, sin olvidar que refiriéndose la organización sucesoria directamente á la familia, toca al *seminarium reipublicae*, y, por tanto, es de grande interés para el Estado.

En los primeros tiempos predominó el derecho del todo, de la comunidad, y no el de la parte, del individuo. En esta época sólo debía aparecer y predominar la sucesión legítima, que representaba el derecho absoluto de la familia, no el testamento, que es acto esencialmente individual. En el Génesis no se encuentran vestigios de verdadero testamento, si bien los patriarcas tuvieron un cierto derecho de conferir los bienes en caso de muerte. En Atenas existía la institución de heredero bajo la forma de adopción, á falta de hijos; lo que significa que en un principio sólo los hijos podían heredar. En Esparta no hubo originariamente testamento; lo introdujo luego una ley de Epi-

tadeo. Tampoco lo hubo entre los germanos, ni lo hay actualmente en las tribus y pueblos que se encuentran en las mismas condiciones que los antiguos germanos. En Roma, en un principio, la sucesión debió ser regulada exclusivamente por la ley, la cual llamaba en primer lugar á los *sui*, después á los *agnati* y luego á los *gentiles*. La misma primera forma del testamento *calatis comitiis* era igual á la *lex* y requería el consentimiento ó la sanción del pueblo. La primera manera de testar, precisamente por ser la primera, no podía aparecer independientemente de la *lex* ni librarse de las fórmulas acostumbradas.

El testamento no es un hecho primitivo, mas no por esto es institución de mero derecho civil ó positivo, como veremos. No todo lo que aparece después se aparta de la naturaleza; verdad es que la *naturaleza de las cosas* no es más que el *nacimiento* de ellas, pero el *nacimiento*, entendido en su totalidad, es desarrollo genético, es evolución. Especialmente la naturaleza humana consiste más en el *fieri* que en el *esse;* de donde resulta que no es sólo natural lo que se muestra antes. Nótese, además, que lo que es natural, racional, universal, parece al principio introducido por el arte y aparece como simple hecho particular. Bastante tarde es reconocido en sus verdaderos caracteres, ó sea cuando la mente se ha *desplegado toda ella*, para emplear la locución del gran filósofo napolitano. El testamento propiamente dicho ha sido invención romana; en Roma fué grande el arbitrio del testador, como se deduce de las leyes de las Doce Tablas, en las cuase halla escrito: *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*. Mas no se crea que el testamento fuese en Roma un modo de disponer en favor de los extraños: era simplemente un medio por

virtud del cual el conjunto de derechos que comprendía la patria potestad pasaba de un individuo á otro. La herencia fué siempre *universitas juris*, y contenía los *sacra* y las ceremonias domésticas, no sólo en Roma, sino también en Atenas, cuando se vieron los comienzos del testamento, y en Bengala. Ni se diga que el testamento en Roma fué modo de crear desigualdades, porque servía para fines de equidad y corregía á la ley, la cual excluía de la sucesión á los parientes naturales y á los emancipados; por esto los romanos tenían un gran horror á morir sin testamento. La verdadera desigualdad surgió con el derecho feudal, que reconoció la primogenitura; hecho hereditario el feudo, el soberano tenía interés en considerar como responsable del servicio militar á un solo hijo. Doquiera, escribe Maine, el poder patriarcal se convierte en político, se ve el derecho de primogenitura, que se transmite por un doble sistema: en la India y en la Europa occidental, la primogenitura pasa de padres á hijos; entre los celtas, muerto el primogénito, sucede el segundogénito, excluyendo á los hijos de aquél, porque se quiere como cabeza un hombre maduro.

La primera forma del testamento romano fué la *calatis comitiis*. Se cuestiona sobre si el pueblo intervenía en los comicios para convertir la voluntad del testador en ley, ó meramente como testigo. Es bastante probable que en el tiempo en que se operaba el tránsito de la sucesión legítima á la testamentaría, el pueblo interviniera para hacer de la disposición del testador una ley, y que después asistiera como testigo. La segunda forma fué el testamento *per aes et libram*, tolerada en los tiempos del testamento *calatis comitiis* y á la cual se acudía cuando no se podía testar de esta manera solemne. El *emptor familiae* no era el herede-

ro, sino que estaba *loco heredis,* y adquiría el patrimonio sin deudas; por lo que algunos lo han comparado al arrogado. El testamento *per aes et libram* se componía, en la época en que coexistía como medio de necesidad con el *calatis comitiis,* de dos partes, de la *mancipatio* y de la *rogatio*. La *mancipatio* producía la transmisión de la propiedad, y la *rogatio* servía para encargar á título de fideicomisario al *emptor familiae* de disposiciones particulares. Gajo dice: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur, qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet.* Cuando el testamento *per aes et libram* dejó de ser un medio supletorio y se convirtió en testamento ordinario, la *mancipatio* fué considerada como formalidad que no producía la transferencia del dominio en favor del *emptor familiae,* el cual no estaba ya *loco heredis.* Siendo la *mancipatio* en esta forma, el testador podía revocar el testamento. El mismo Gajo dice: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum quod per aes et libram fit, in usu retentum est, sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat; et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet, nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur.* La *nuncupatio,* la otra parte del testamento, consistía en declarar á los testigos que en las tablas presentadas se hallaban contenidas las últimas disposiciones. Ulpiano

afirma: *In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum, tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Haec uti his tabulis cerisve scripta sunt ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium praebitote: quae nuncupatio et testatio, vocatur*. Parece que esta segunda fase del testamento mancipatorio haya sido determinada por varias razones de utilidad, como por ejemplo, la necesidad de instituir simultáneamente á varios herederos, ó la de instituir á un ausente, ó la de instituir bajo condición. La tercera forma del testamento fué la pretoria. El testamento pretorio fué escrito, porque en el fondo no era más que el mismo testamento *per aes et libram*, sin las formalidades de la *mancipatio* y de la *nuncupatio*. Cicerón, Gajo y Ulpiano hablan de un testamento pretorio *septem signis testium signatum*, ó de *tabulae quae septem testium signis signatae sunt*. Pocos fragmentos hablan de una *bonorum possessio secundum nuncupationem*, y de ellos resulta que el testamento pretorio podía ser alguna vez nuncupativo.

Se ha dicho que entre los germanos no existía testamento, por dominar de un modo absoluto el derecho del parentesco y la solidaridad activa y pasiva de los miembros de la familia. Tácito escribe acerca de ellos: *Heredes, successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. Si liberi non sunt proximus gradus in successione fratres, patrui, avunculi*. Los contratos hereditarios, ó disposiciones bilaterales é irrevocables que se refieren á una ó á entrambas partes para la adquisición ó la pérdida de los derechos sucesorios, son admitidos por las leyes germánicas y preparan el camino al testamento. Tales pactos estaban prohibidos por el derecho romano por ser lesivos del derecho de revocabilidad

de los testamentos ó de las disposiciones de última voluntad, y porque no es moral el espectáculo de un heredero contractual que mira con ojos codiciosos los bienes de quien está aun vivo y espera amorosos cuidados del futuro sucesor, que está seguro de serlo. Claro está que la introducción de los pactos hereditarios hace posible el testamento, contradiciendo el predominio absoluto del derecho de familia, que se ha notado en los orígenes. Permaneciendo siempre íntegra la irrevocabilidad de semejantes disposiciones, primeramente se transmitía propiedad y posesión, luego la sola propiedad sin posesión, y por fin se subordinó á la eventualidad de la muerte la transmisión de la una y de la otra. El creciente influjo de las ideas romanas sobre el clero, y el reconocimiento de los legados para el alma y de las donaciones *pia causa,* que se fueron poco á poco aproximando al testamento, prepararon la reaparición de éste en la Edad Media. La Iglesia, que tenía interés en que las disposiciones hechas en su favor fuesen válidas, aunque no fuesen enteramente conformes con el derecho civil, por no ir acompañadas de todas las formalidades prescritas, se preocupaba únicamente de la certeza de la voluntad de quien dispone; en lo cual el derecho canónico se aproximó mucho al derecho natural. De estas indicaciones acerca de la historia de la sucesión se infiere que el testamento no ha nacido como Minerva de la cabeza de Júpiter; en un principio fué público, oral é irrevocable, y más tarde se hizo secreto, escrito y revocable. La perfección se encuentra siempre en el desarrollo, nunca en el comienzo.

El desenvolvimiento histórico de la sucesión se induce también de la evolución de la propiedad y de la familia, evolución que ya hemos indicado. Aquí con-

viene mostrar la conexión entre la herencia y el culto de los antepasados en los tiempos primitivos. Este culto antiquísimo no se refiere á antepasados remotos y fabulosos, sino al bisabuelo, al abuelo, al padre y en general á personas conocidas por los adoradores, las cuales personas, transformadas en divinidades, continúan protegiendo la familia y ejercitando su autoridad, recompensando las buenas acciones y castigando las malas. Semejante culto fué practicado por la mayor parte de los pueblos, entre ellos por los indios, los griegos, los romanos, los chinos y los antiguos japoneses. Los hebreos no desconocían los sacrificios á los antepasados como uso extranjero ó como idolatría prohibida. Los *sacra privata* de los romanos tenían grande importancia é influían sobre las leyes y sobre el edicto. Poco á poco disminuyeron las cargas impuestas sobre la herencia por semejante culto en beneficio de los colegios pontificales, y los mismos dioses domésticos perdieron su naturaleza y se convirtieron en meras larvas. Lubbock y Spencer, y antes que ellos Vico, explican el culto de los antepasados por la imaginativa de los hombres primitivos, como antes hemos dicho. Lubbock ha observado que el salvaje es incapaz de comprender la muerte y tiende á confundirla con el sueño. Durante el sueño, el espíritu vive, aun cuando el cuerpo parezca estar muerto; por eso es natural que se introduzcan en la tumba los alimentos. El espíritu del muerto vive en otro mundo, y tiene por lo mismo gran poder; de donde viene el uso de rogar á los muertos. Spencer clasifica la sociedad con el criterio de la creencia en el mundo de los espíritus. Todos los pueblos admiten el retorno á la vida de otro *yo* del muerto; un gran número de ellos supone que este *yo* existe durante mucho tiempo después de la muerte; na-

ciones hay que practican la propiciación de los espíritus. Entre aquellas naciones están las sedentarias y más adelantadas, en las cuales se perpetúa el culto de los antepasados juntamente con la creencia en la inmortalidad de los espíritus; y entre las últimas existen algunas que conceden una preeminencia á las series de los antepasados ilustres, como por ejemplo á la de los jefes de la raza conquistadora, frente al grupo de los antepasados oscuros. El salvaje, nota Spencer, cree en otro *yo* al mirarse en las fuentes, al escuchar el eco, al observar la vigilia y el sueño. Entre los indios era creencia común la de que los parientes vivos favorecían el espíritu del muerto mediante las oblaciones. Los ministros de las oblaciones y de las ceremonias eran los brahmanes, los cuales tenían interés en la división de los dominios por la multiplicación de los actos de piedad y de las donaciones. En dondequiera que se ha establecido el culto de los antepasados era reconocida la paternidad, según se induce del hecho de que el antepasado adorado y el individuo adorador debían pertenecer al sexo masculino. El antepasado adorado tenía todas las apariencias del *paterfamilias* romano, esto es, del sujeto de la *patria potestas,* según escribe Maine, autor también aquí de importantes investigaciones sobre el derecho primitivo. En la India, el hijo legítimo primogénito era el que con mayor eficacia para el espíritu del difunto podía ofrecer el sacrificio; si faltaba el hijo legítimo, sucedía, en el orden de los ritos y de la herencia (que era una especie de patrimonio gravado con servidumbres espirituales), el hijo de la hija designada por el padre. Entre los atenienses existía la misma costumbre, porque el padre que temía morir sin hijos varones tenía el derecho de legar

sus cosas juntamente con la hija á un hombre que se convertía en su esposo. El hijo nacido de tal unión, llegado á cierta edad, pasaba á la familia del abuelo materno, recibiendo el nombre y la herencia de éste. Si el padre moría intestado, la hija tenía la obligación de casarse con el pariente más próximo. Aun en la Edad Media se ha visto que cuando la hija no podía suceder, transmitía á veces á sus hijos varones un derecho de sucesión. Cuando en la India no se hacía designación de hija, venían los adoptivos y luego los hijos ilegítimos de mujeres que vivieran en la familia y bajo la autoridad del jefe difunto; estos hijos varones podían celebrar los ritos, como en Roma podía celebrarlos el mismo esclavo. Cuando faltaban todas estas personas, existía el medio del *niyoga* para la celebración de los ritos: medio de que también se servían los hebreos, y que indica, según Lennan, la realidad de la poliandria que sucedió á la promiscuidad. Los sacrificios por medio de dicha institución podía celebrarlos el hijo que la viuda tenía uniéndose al cuñado, y á falta de éste á un agnado, á un miembro de la misma familia de su marido ó de la misma casta. Moisés dispuso que si alguno moría sin hijos, el hermano pudiera casarse con la mujer para dar hijos al difunto, el primero de los cuales llevaba su nombre. En la India la sucesión de los colaterales presenta no poca oscuridad, y en un principio no está bastante determinada. A falta de parientes próximos en la línea descendente, eran llamados á la herencia los parientes espirituales, el maestro, el condiscípulo y hasta el rey. Se creía que los colaterales no podían celebrar los sacrificios con suficiente eficacia. Más tarde la repugnancia hierática hacia la filiación ficticia hizo que se admitiera á los colaterales. Origina-

riamente, cuando se hallaba constituida la familia patriarcal, no se adoraba á la madre, y en cambio se adoraba á los antepasados maternos, pero éstos no fueron jamás equiparados enteramente á los antepasados paternos.

Varias han sido las doctrinas acerca del fundamento de la sucesión, y máxime del testamento. Las ideas de Platón y de Aristóteles sobre la materia se inspiran directamente en las condiciones políticas de los tiempos y de los lugares en que aparecieron. Platón enseña que el derecho de testar es efecto de la excesiva condescendencia del legislador, porque el testador no tiene plena conciencia de sí en los últimos instantes; que este derecho debería ser sustituido con la transmisión perpetua del patrimonio en la misma familia; y que, á falta de hijos, el padre no debería tener otra facultad de disponer sino la que se limita al décimo de sus bienes, debiendo pertenecer el resto á un hijo adoptivo. Aristóteles no veía otro medio para conservar los bienes en la familia sino la abolición del testamento, al cual reemplazaría la transmisión perpetua de los bienes á la descendencia masculina. Por el contrario, los filósofos romanos prefieren el testamento, nacido y desarrollado ampliamente en Roma. Cicerón, Séneca y luego Quintiliano, asignando á este derecho la base natural del sentimiento de amistad y de benevolencia, cuidan de poner en claro el íntimo vínculo que existe entre el derecho de testar y el pensamiento del porvenir. Los jurisconsultos no buscan principios filosóficos, pero no pueden concebir el derecho de testar como un efecto de la indulgencia de la ley. La facultad de testar, á los ojos de Ulpiano, no tiene otra relación con la ley más que la de no encontrar obstáculos en ésta. *Lege obvenire hereditatem, non*

improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur: quia lege XII Tabularum testamentariae hereditatis confirmantur. Y si Papiniano dice: *Testamenti factio non privati, sed publici juris est,* no pretende negar la base natural del acto de última voluntad, sino que sólo se refiere á las formalidades externas y accidentales. La misma locución *testamenti factio* es la expresión de un conjunto de formalidades legales, y nada más. Los intérpretes discuten sobre si el testamento es *jure naturae et gentium* ó *jure civili:* Teófilo acepta la sentencia de que es *jure naturae et gentium,* y amplía el catálogo de Hermogeniano en la ley *Ex hoc jure* del Digesto; los glosadores y Alciato combaten el origen natural del testamento, fundándose en varios pasajes de las fuentes. Bártolo y Baldo les oponen otros pasajes y sostienen la opinión contraria; Donello y Cujas desenvuelven el concepto de Teófilo y afirman que el derecho de testar se funda sobre la solidaridad que existe entre el individuo y su posteridad.

Entre los escritores de derecho natural, se distinguen Grocio y Pufendorf, que representan dos doctrinas opuestas. Grocio cree que el testamento sea de derecho natural, y lo asimila al contrato, definiéndolo como una enajenación hecha ante la eventualidad de la muerte, revocable hasta el último instante de la vida del que enajena, reservando la posesión y el goce en favor de éste. Wolf, Burlamachi, Lampredi, Kant, y entre los jurisconsultos modernos Troplong, aceptan la idea de Grocio; Kant ve en la adquisición de la herencia, no una adquisición común y regular, sino una adquisición ideal. Observa que el derecho que confiere el testamento al heredero es el derecho de aceptar, después de la muerte del testador, la pro-

mesa hecha en los últimos momentos de darle los bienes bajo tal condición. La adquisición de la herencia se apoya sobre un contrato ficticio, ideal, entre el que dispone y el heredero, el cual se presume ser aceptante en el sentido indicado, pues todo el mundo quiere mejorar su condición. El heredero adquiere un derecho á la herencia, no la herencia, pues ésta queda vacante; pero quien tiene opción á la herencia es él antes que nadie. Por el contrario, Pufendorf demuestra que el testamento es una creación del derecho civil, y combate la asimilación del mismo al contrato, porque el contrato supone el encuentro de dos voluntades, cosa que no tiene lugar en el testamento. A Pufendorf le siguen Heineccio y Tomasio, los cuales no pueden comprender cómo un individuo pueda transferir sus bienes á otro en un tiempo en que su voluntad no es ya eficaz y cuando él no es ya dueño de aquéllos. La ley francesa de 1791, que abolió casi enteramente el derecho de testar, es la consecuencia lógica del concepto según el cual el testamento se funda, no en la naturaleza de las cosas, sino en las conveniencias y en la utilidad social. Los discursos de Mirabeau, de Robespierre y de Tronchet partían de los principios de Pufendorf, como nota Gabba en su libro acerca de la sucesión. Ya Bodin, y más tarde Mably y Rousseau habían aceptado la doctrina aristotélica, ó sea que la ley debe disponer de los bienes del difunto, procurando que salgan de la familia lo menos posible.

Entre los jurisconsultos anteriores á la codificación, Bynkershoek dice que muerto el individuo, sus bienes quedan vacantes, y por derecho natural puede ocuparlos todo el mundo; el cardenal De Luca y D'Aguesseau sostienen que el testamento es de derecho posi-

tivo; Vinnio y Voet aprueban la teoría de Grocio; Gravina reconoce que el origen del derecho de testar es natural; por fin, Leibnitz, para encontrar un principio, recurre á la inmortalidad del alma. En la discusión que precedió á la formación del código Napoleón, Bigot-Préameneu muestra que la voluntad del propietario es la regla, y la intervención de la ley la excepción, porque la ley sucesoria se apoya toda ella sobre la voluntad presunta del testador; Treilhard opina que el testamento tiene un origen natural, y Portalis, considerando inseparable del dominio el derecho de testar, admite que tanto el uno como el otro derecho derivan de la propia naturaleza de las cosas. Este concepto se hizo común entre los filósofos y jurisconsultos de este siglo, los cuales ven en la sucesión testamentaria una consecuencia del derecho de propiedad, y en la sucesión legítima el efecto de un condominio doméstico. Los filósofos y juristas de nuestra edad oponen á veces el principio de la propiedad individual al del condominio en la familia, y al contrario, pretendiendo explicar todo el derecho sucesorio casi exclusivamente con uno de los dos principios. Así, algunos explican la sucesión testamentaria con la voluntad expresa del propietario y la sucesión intestada con la voluntad presunta del mismo, excluyendo la idea de la copropiedad doméstica. Por el contrario, otros como sucede con Hegel, Gans y Stahl, hacen de la sucesión legítima una sucesión primitiva y normal, y de la testamentaria una sucesión de segundo orden ó de imitación; éstos someten el testamento á una grave *capitis diminutio*. En lugar de la antítesis de los dos principios, debe colocarse, como se verá, la armonía de la razón. Pero antes debe notarse que los socialistas, enemigos de la propiedad privada,

combaten, como es lógico, el derecho de sucesión. En nuestros días se ha distinguido Lassalle en la crítica de tal derecho, el cual se funda, según él, en dos ideas anticuadas, á saber: la absurda continuación de la voluntad del muerto, y la copropiedad aristocrática de los bienes de la familia romana. Sabido es que los colectivistas modernos se limitan á negar el derecho de sucesión por respecto á la tierra y á los instrumentos de trabajo, pero lo reconocen para las cosas muebles, cuya propiedad admiten.

Antes de determinar el fundamento de la sucesión, debemos hacer dos advertencias. La primera es que el derecho de sucesión se refiere al hombre social y no al hombre en el pretendido estado de naturaleza ó de aislamiento. La segunda consiste en decir que el testamento no se liga esencialmente á los últimos instantes de la vida, sino que se puede hacer en cualquier tiempo. Estas dos consideraciones sirven para librar á la inteligencia de algunos prejuicios que han influido no poco sobre la errónea solución de la cuestión.

Viniendo ahora á la sucesión legítima, no es posible dudar de que la misma tiene su principio en los vínculos de la sangre ó en el organismo ético de la familia, que se refleja en la comunidad de los bienes. Cuando la familia se hizo cierta, se estableció en sitios fijos; los sitios fijos indujeron á los miembros de aquella á cultivar los campos, y así dieron más tarde origen al dominio, el cual apareció como un conjunto de medios idóneos para la conservación y para el desarrollo de este cuerpo colectivo. El dominio en la familia debe experimentar las modificaciones que deriven de la naturaleza y de los fines de la familia misma, la cual es compenetración de personas, co-

munión de sentimientos, de afectos, ideas y voluntades; no puede menos de ser condominio. En todos tiempos y lugares los miembros de la sociedad conyugal y doméstica han contado con los bienes de la familia á la muerte de alguno de ellos, y se han creído perjudicados si los extraños venían á ocuparlos. Los hijos que participan de la comunidad no adquieren á la muerte del padre un nuevo derecho, sino que lo que adquieren es mayor libertad para administrar sus bienes. En las fuentes se encuentra escrito este concepto, que no es nada aristocrático, antes bien es todo lo contrario: *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus est: itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur: sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt.* Mas el condominio doméstico de los romanos se concebía muy rigurosamente, hasta el punto de hacer inalienebles los bienes de la familia y de obligar á los herederos á aceptar, adquiriendo la cualidad de *sui et necessarii*. La inalienabilidad de los bienes familiares no deriva únicamente del derecho romano antiguo, sino que es un principio de todo el derecho primitivo, el sujeto del cual es siempre el ente colectivo, nunca el individuo.

El verdadero condominio doméstico no debe concebirse de esta manera, que tanto ofende al derecho individual, ni debe admitirse como una *communio pro indiviso*, en que el condominio tiene sobre la *pars pro*

indiviso un derecho igual al de los otros, pues la familia es una sociedad desigual, ó sea compuesta de superiores é inferiores. La desigualdad no hace imposible la copropiedad; solamente hace que los diferentes miembros gocen de un derecho desigual de propiedad. El condominio doméstico es *sui generis* y supone la importante distinción entre propiedad relativa y propiedad absoluta, tan originalmente ideada por Rosmini. Se funda sobre el derecho absoluto y pleno del padre, jefe, gobernador y representante de la familia, y sobre el derecho relativo de los miembros de ésta, los cuales tienen una razonable esperanza, un derecho condicionado, que adquiere desenvolvimiento á la muerte del padre. El que tiene derecho pleno de propiedad sobre una cosa, enseña Rosmini, sobre la cual compete á otra persona un derecho relativo de propiedad, puede perfectamente usar de la cosa y hasta consumirla, pero con cierta racionalidad. Si existe copropiedad entre aquel que tiene el derecho pleno y otro que tenga un derecho de propiedad relativo, y esto en virtud de asociación, el primero debe emplear los bienes de la masa común para los fines del condominio y de la sociedad. Al propietario absoluto, ó sea al jefe, corresponde el juzgar cuáles sean las expensas necesarias ó útiles para la familia, según las normas de un prudente gobierno. Siendo tal la naturaleza del propietario relativo que su derecho de propiedad no se limita sino con relación al propietario pleno, se sigue que aquél tiene preferencia con respecto á todas las demás personas en el empleo y dominio de aquellos bienes, y que, dejando de existir el propietario pleno, aquellos bienes se hagan completamente suyos. De aquí resulta, prosigue Rosmini, el derecho que tiene el propietario relativo,

no ya á limitar al propietario pleno el uso y el consumo de los bienes aportados ó adquiridos por él, sino de exigir que estos bienes estén señalados de manera tal que á la muerte del propietario pleno se puedan distinguir aquellos de entre los mismos que todavía se conserven, á fin de que pueda suceder en la propiedad completa de los mismos. Esto supuesto, es fácil rechazar las opiniones y las doctrinas de aquellos que quieren fundar la sucesión legítima sobre la necesidad de educar á los hijos, ó sobre el sentimiento de benevolencia, ó sobre la voluntad presunta del difunto, ó sobre la ocupación. No se ha tenido en cuenta que si la herencia debe ser para la educación de los hijos, pierde su índole propia y se transforma en una simple pensión establecida para el fin educativo: pensión que, una vez conseguido su fin, no tiene ya razón para seguir existiendo. El mero sentimiento de benevolencia no constituye por sí mismo una pretensión, un derecho. El concepto de la voluntad presunta niega el derecho de la familia y proviene del arbitrio individual, expreso, tácito ó presunto; además supone ya justificada la sucesión testamentaria. La teoría de la ocupación considera al hombre como un átomo separado y errante sin vínculos con nadie y sin pensamiento sobre el porvenir. Según esta manera de ver, el hombre es una fuerza que subsiste por sí misma y que no puede obrar más allá de la vida. Además, esta teoría abriría la era de la guerra de unos contra otros, porque todos lucharían por ocupar la herencia, y lo que es peor, el triunfo en este duro combate no siempre correspondería á los parientes.

Si el fundamento próximo de la sucesión legítima se halla en los vínculos de la sangre y en el condominio doméstico, el de la sucesión testamentaria se halla en

el derecho de propiedad: el que es propietario de una cosa puede disponer de ella libremente, salvo el cumplimiento de sus deberes. El derecho de testar es inseparable del dominio, cuyas razones y cuyo espíritu tiene en sí; sus raíces se hallan en el corazón del hombre, que es un sujeto social y colectivo y responde á aquel impulso natural por virtud del que todos tendemos más ó menos á prolongar el recuerdo de nosotros mismos en las generaciones futuras. En general, la sucesión reune la actividad de la persona de cuya sucesión se trata con la de las demás que le son queridas y que la sobreviven, y representa el gran tejido conjuntivo de la humanidad en la historia. Sin la herencia, la historia no podría marchar, porque el presente es la continuación del pasado y el germen del porvenir. La herencia es la condición indispensable para la multiplicación de los capitales y para el aumento de la producción y de la riqueza, porque de no existir la sucesión, el hombre no tendría la fiebre del trabajo, ni se sometería á continuas privaciones y penas, si no estuviese seguro de poder dejar á la familia un patrimonio y de poder disponer de sus bienes. Ni se diga que según el derecho natural las disposiciones testamentarias no tienen justificación, porque se llevan á efecto cuando la voluntad del testador no tiene ya eficacia, á causa de la muerte; ni que después de la muerte no se siente dolor ni injuria; ni que si las leyes conceden una *actio violati sepulcri* y otorgan á los parientes una *actio injuriarum* contra quien ofende la memoria del difunto, esto ocurre por virtud de un sentimiento de humanidad y porque se lesiona el honor de la familia viva. Pues la voluntad del testador en el momento en que dispone es eficacísima, en cuanto pertenece á un hombre vivo y propietario; y el acto volitivo del indi-

viduo cuando se halla revestido de los atributos que lo hacen jurídico, adquiere una subsistencia y una duración independiente de la existencia y de la vida del sujeto de que proviene. El testamento es un acto que subsiste por sí, á diferencia del contrato y de la donación; no es un contrato, puesto que el testador puede siempre revocarlo. Ahora, una transmisión de bienes que es revocable en todos los instantes no puede llamarse pacto; ni es un contrato condicional, porque la condición sería potestativa pura, se resolvería en el *si voluero:* en otros términos, el testador transferiría sus bienes al heredero, á condición de que quiera mantener su promesa. Las acciones de sepulcro violado y de injuria se conceden seguramente para los fines indicados; pero además de estos fines hay otro, que es la tutela de la inviolabilidad física y moral del hombre que ha continuado la generación pasada y ha iniciado la futura. La tumba es la habitación de los restos humanos, del órgano de un alma, de una voluntad y de una personalidad en descomposición. La memoria del hombre, su fama, su honor, constituyen la proyección de la existencia, forman la vida moral, que continúa más allá de la tumba. Pero el reconocimiento de semejante vida no incluye por necesidad la idea de un alma inmortal como principio jurídico. La vida moral se compendia en la estimación y en el honor de la persona: una y otro continúan en la memoria y en la conciencia de los supervivientes, sin que haya necesidad de admitir la inmortalidad del alma, sobre la cual fundan el derecho de testar Leibnitz y Rosmini. La república de las almas no es una quimera para estos dos filósofos: admitida la inmortalidad de las almas, no puede menos de creerse, dicen, que éstas, privadas del cuerpo, no tengan ya aquellas relaciones que mantenían

con otras personas, y que se desprenden de lo que les es natural, ó sea del deseo de que la propia voluntad valga cerca de sus semejantes. Los difuntos tienen derechos, no para sí, sino para los suyos, y para estos los ejercitan: *Heredes una cum defuncto persona reputantur,* nos enseñan las fuentes. Ahora, los ya muertos ejercitan perfectamente los propios derechos cuando, en virtud de su voluntad, los herederos supervivientes gozan de las propiedades que les hayan dejado, el cual goce es un ejercicio virtual de sus derechos, porque es efecto eficaz de su última voluntad. Si esta voluntad no es observada, faltará su ejercicio, pero precisamente lo mismo que el dueño no puede ejercitar el derecho de usar una cosa que le hayan robado. No habrá nadie que no aprecie en su verdadero valor esta bella teoría de Leibnitz y de Rosmini; mas debe decirse que las relaciones y las instituciones jurídicas deben ser derivadas de los principios de razón, no de creencias religiosas. Para muchos, la inmortalidad del alma no es filosóficamente demostrable, ni es considerada como postulado de la razón práctica, sino que es tan sólo objeto de fe.

CAPITULO XXII

La sucesión legítima y la testamentaria.

La sucesión legítima se funda sobre los vínculos de la sangre y debe regularse con arreglo al criterio de la proximidad del parentesco y del grado. El parentesco es el vínculo que existe entre personas que derivan del mismo tronco; su proximidad se establece atendiendo al número de las generaciones, formando cada generación un grado. Por proximidad de parentesco vienen en primer lugar los descendientes, después los ascendientes, y, por último, los colaterales; por proximidad de grado el pariente de grado más próximo excluye al de grado más remoto. Estos son principios de derecho natural en que supo inspirarse Justiniano al regular la sucesión de los ascendientes, estableciendo que el ascendiente más próximo debía ser preferido á los más remotos, paternos ó maternos, sin atender al origen de los bienes, y que sólo cuando los ascendientes fueran de igual grado, la sucesión debía dividirse en dos partes, una de las cuales correspondía á los ascendientes paternos y la otra á los maternos, cualquiera que fuese su número. Los legisladores modernos han aceptado la novela de Justiniano,

con lo cual se han ajustado á los principios de la razón natural.

Por regla general, todos tienen capacidad para suceder. En nuestros tiempos, el extranjero, el monje, el condenado á pena perpetua pueden heredar, porque no dejan nunca de ser considerados como personas. El extranjero tiene los derechos civiles, que corresponden al hombre como hombre; el monje, si es ciudadano, tiene los derechos civiles y políticos; el condenado á pena perpetua debería ser privado únicamente de aquellos derechos que no son conciliables con su estado: no tendrá derechos políticos, potestad patria, marital ni tutoría; estará sujeto á la interdicción legal, por lo que no podrá administrar sus bienes; pero no hay motivo para negarle el derecho de suceder. Hay, sin embargo, algunas personas incapaces de heredar, y éstas forman la excepción; los incapaces propiamente dichos son tales con respecto á cualquiera herencia, no adquiriéndola nunca. Hay también incapaces por indignidad, los cuales sólo son excluidos de la herencia de aquel contra el cual han cometido el hecho culpable, y pierden la sucesión adquirida. Son simplemente incapaces aquellos que al tiempo de la apertura de la sucesión no han sido concebidos todavía, porque no existen. Según lo antes dicho, los concebidos podrían suceder cuando hubieren nacido vivos, aunque no fueran viables. Se hacen indignos los individuos que hubieran matado voluntariamente ó tratado de matar á la persona de cuya sucesión se trata, ó la hubieran acusado calumniosamente de graves delitos. Lo son también aquellos que impiden á esta persona hacer testamento, ó la fuerzan á hacerlo, ó suprimen, alteran y cambian sus disposiciones de última voluntad. La incapaci-

dad propiamente dicha existe y obra de pleno derecho; la indignidad supone la declaración judicial, esto es, la sentencia, que debe apoyarse sobre el hecho que la origina.

Las clases de herederos *ab intestato* son cuatro: los parientes legítimos, los parientes naturales, el cónyuge supérstite y el Estado. La primera clase se divide en el orden de los descendientes, en el de los ascendientes y en el de los colaterales. El amor hacia los descendientes es el más intenso; sobre esto no puede caber duda: *Nullum dubium est quia omnia quae nostra sunt liberis nostris ex voto paremus*, dicen las fuentes; por tanto, los hijos, sean varones ó hembras, de primeras ó de segundas nupcias, deben ser preferidos á todos los herederos posibles. Los descendientes de los hijos vencen á todos los demás parientes que se hallaran en grado más próximo al difunto, porque debe predominar ante todo el orden de sucesión, no el grado. Entre los hijos legítimos se cuentan los legitimados y los adoptivos, los cuales son equiparados á los mismos legítimos. Después de los hijos son llamados los ascendientes, porque *amor primum descendit, deinde ascendit*. Los padres participan por igual de la herencia del hijo, siendo igual el afecto de éste hacia el padre y hacia la madre. Si el que muere sólo deja otros ascendientes, la herencia debe corresponder al más próximo sin distinción de líneas. El tercer orden lo forman los colaterales, los cuales están unidos entre sí por vínculos estrechos, constituyen con los padres la misma familia, viven bajo el mismo techo y son criados y educados con igual cuidado. Si con los padres concurren hermanos y hermanas germanos, no es justo que todos sean tratados de igual manera. Los hermanos y hermanas unilaterales, ó sea

los consanguíneos y uterinos, no pueden ser excluidos del concurso, porque están ligados por un vínculo bastante fuerte con el difunto; pero deben tomar menos que los hermanos y hermanas de doble vínculo, porque éstos están más ligados al difunto. Si los únicos supervivientes son hermanos ó hermanas del difunto, deben ser preferidos á los demás parientes. Cuando los hermanos y hermanas hayan fallecido, los descendientes de unos y otros les representan y suceden juntamente con los tíos y las tías; á falta de parientes próximos, sucede el más cercano. La sucesión de los parientes se detiene en llegando á cierto límite, porque falta la conciencia de la unidad de la familia y del parentesco; entonces entra á suceder el Estado, y no sin razón, porque cuando la cognación llega á grados remotísimos, ya no se siente.

La segunda clase de herederos *ab intestato* la forman los parientes naturales. Los hijos nacidos fuera de matrimonio, reconocidos voluntaria ó forzosamente mediante declaración judicial, pueden heredar á sus padres. Y esto es justo, porque el vínculo que los une á los autores de sus días es íntimo y profundo, mayor que el que existe con los colaterales. Por otro lado, no es lícito equiparar los hijos naturales á los legítimos, si se quiere mantener íntegra la moralidad y no ofender los derechos de la verdadera familia. Es verdad que los hijos naturales vienen al mundo sin culpa suya; pero este no es motivo para que se les trate igual que á los legítimos, sino sólo para darles participación en la herencia. El cónyuge supérstite representa la tercera especie ó clase de herederos *ab intestato,* aun con arreglo al derecho natural, porque en el matrimonio existe la plena compenetración de dos personas de que se ha hablado, la cual no puede por menos de ser titu-

lo suficiente para dar participación al cónyuge superviviente en la herencia del otro cónyuge difunto. La justicia exige que el cónyuge supérstite no quede expuesto á los peligros de la miseria, porque los herederos sean de perversa índole, que su existencia no quede á merced de los hijos y que no tenga una cuota inferior á la parte que corresponda á éstos. La *quarta uxoria* romana no se inspiraba en este concepto, puesto que sólo se concedía á la mujer pobre y no dotada, que se veía obligada á sufrir la humillación de la propia indigencia para obtener la limosna hereditaria. Ahora, si al cónyuge supérstite le corresponde el derecho de suceder, también es necesario buscar la manera de impedir que los bienes de una familia no entren en otra. La ley debe, por tanto, establecer cuotas de usufructo para el cónyuge supérstite en concurrencia con los hijos, y cuotas de propiedad para los casos en que suceda en concurrencia con parientes lejanos. La cuarta clase de herederos la representa el Estado; los bienes de los difuntos que no dejan parientes se deben considerar como vacantes, y, por tanto, pertenecen al Estado, al cual incumbe promover el bien y proteger los derechos de la sociedad civil. Como en tales herencias no existe el pensamiento ético de la ley cuando regula la sucesión entre parientes, justo es que los bienes se devuelvan al Estado. Una parte del Estado es el municipio, con el cual el individuo se halla ligado mediante vínculos más inmediatos; por tanto, no sería irracional el atribuir esta herencia al municipio propio del difunto, el cual municipio debería emplearla en fines de beneficencia, con el nombre del premuerto, á ser posible.

Si en la sucesión legítima premueren los primeros llamados, ó son incapaces de suceder, los descendien-

tes se surrogan en el lugar y en los derechos de aquéllos, no por propio derecho, sino en representación. Se sucede por propio derecho cuando la ley llama inmediatamente á uno á heredar. Sucede por transmisión el heredero de aquel en cuyo favor se ha abierto la sucesión y que ha muerto sin haberla aceptado de una manera expresa ó tácita y sin haberla renunciado. La sucesión por representación es inmediata y la por transmisión es mediata, porque en el primer caso la herencia no es devuelta al que ha premuerto ó ha sido declarado indigno, mientras que en el segundo la *delatio hereditatis* ha tenido lugar en favor del transmitente. Suceden por cabezas los que se hallan en un grado común, participando de la herencia por partes iguales, y suceden por estirpes aquellos que se surrogan en el lugar y en los derechos de alguno. Los representantes toman lo que le habría correspondido al representado, y lo dividen entre sí según las diferentes ramas, ó por estirpes. Ahora, la representación tiene una razón natural, porque es constante el afecto é intenso el amor de los ascendientes hacia los descendientes de segundo y ulteriores grados, y porque los hijos, como miembros de la familia é investidos de los derechos familiares, entre los cuales se halla el de suceder en los bienes de los padres, se colocan en el lugar de éstos. No es equitativo agravar la desgracia de los hijos cuyo padre ha muerto, privándoles de la parte que en la sucesión del abuelo ó del tío le hubiera correspondido á aquél si no hubiera premuerto; ni es tampoco justo hacer recaer los efectos de la indignidad sobre individuos inocentes, porque *peccata suos teneant auctores*. La representación, pues, es conforme á los principios de la familia y de la equidad, y no puede reducirse á una mera invención del derecho civil, por cuanto se deriva de los

vínculos de la sangre. Estas razones se ven con evidencia en la línea recta de los descendientes hasta el infinito, y en la línea colateral hasta cierto límite. Puede admitirse la representación entre los descendientes de los hermanos y de las hermanas del difunto, porque los hijos de un hermano ó de una hermana se consideran como parte de la familia á que uno y otra pertenecían. El sobrino tiene al tío en lugar de padre, y el tío siente hacia el sobrino amor cuasi paternal. Más allá de este límite ya no existen razones para la representación, la cual no es siquiera posible entre los ascendientes, porque el amor desciende, no asciende; el río no vuelve á su origen. El último ascendiente superior es siempre el cabeza de la familia del descendiente. No se crea que la sucesión por propio derecho de los ulteriores descendientes no pueda tener nunca lugar: supóngase que el hijo haya renunciado á la herencia de su padre; en tal caso, el nieto sucederá al abuelo por propio derecho, por ser el cognado más próximo.

Viniendo ahora á la sucesión testamentaria, debe recordarse que todos los individuos son capaces de testar y de recibir por testamento, menos algunas personas determinadas por la ley. Aquí se aplica el mismo principio de la sucesión *ab intestato,* puesto que el derecho de sucesión es un derecho natural. Son evidentemente incapaces de testar aquellos que por su edad no tienen la plenitud de sus facultades y aquellos que no tienen la mente sana. Puede ser considerado como no sano de mente el testador que haya llegado á estar verdaderamente ciego de pasión ó de ira contra los herederos legítimos, los cuales, por lo mismo, podrían ejercitar la acción *ab irato.* El testamento no es tampoco válido cuando el testador dis-

pone bajo el dominio de la violencia ó del dolo, puesto que carece de la libertad del querer. El dolo reviste la doble forma de la captación y de la sugestión: la captación consiste en los dones, en las demostraciones de afecto, ordinariamente simuladas, en los servicios, en las complacencias, en los ruegos, con el fin de atraerse la liberalidad; la sugestión, que es distinta de la persuasión lícita, se actúa con una serie de medios que se ordenan á sorprender el ánimo del testador, inspirándole una disposición distinta de la que él tenía, como si fuese sugerida la respuesta á una interrogación equívoca y contraria á los propósitos del que dispone. Son incapaces de recibir por testamento los no concebidos y los indignos. En las sucesiones testamentarias, las leyes pueden admitir que los hijos inmediatos de una persona viviente al tiempo de la muerte del testador pueden suceder, aun cuando todavía no hayan sido concebidos. Haciéndolo así, no prescriben cosa opuesta á los dictados de la razón, porque se dan facilidades al testador para que pueda favorecer á los hijos de un individuo disipador, y no se impide la transmisión hereditaria por largo tiempo. Hay también incapaces para suceder en alguna cosa de determinadas personas, como el tutor antes de la aprobación de las cuentas, el notario, el testigo, y aquel que ha escrito el testamento secreto, si no hay aprobación de la liberalidad por medio de un escrito del propio puño y letra del testador. Para otras personas hay incapacidad relativa parcial: no pueden recibir de algunas más que hasta determinada cantidad de bienes. Por ejemplo, no es permitido dejar á los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando estén reconocidos, más que la porción establecida por la ley. El viudo que pasa á nuevas nupcias no puede dejar á la segun-

da mujer una porción mayor de la que le haya dejado al hijo del primer lecho que menos reciba.

Hay dos clases de testamentos: ordinarios y especiales. Los ordinarios se reducen á dos: el ológrafo, escrito enteramente, fechado y firmado de mano del testador, y el hecho ante notario. El testamento ológrafo libra al testador de toda influencia extraña y le ofrece modo de disponer con plena libertad de su sucesión, sin los peligros de una publicidad anticipada. Pero este testamento presenta varios inconvenientes, por cuanto se exime de toda formalidad legal y en sí no pasa de ser un documento privado. Ciertamente, el legislador no debe impedir la libre manifestación de la voluntad de las partes exigiendo muchas y graves formalidades; pero no puede menos de admitir algunas, á fin de comprobar la certeza y la libertad de las disposiciones testamentarias. En nuestros días ha progresado mucho el arte de imitar los escritos ajenos, y las cuestiones que se promueven sobre su autenticidad son no pequeñas; la facilidad de falsificar un testamento es grande cuando al menos no se impone la obligación de depositarlo en un funcionario público. Consérvese, por tanto, el testamento ológrafo, pero impóngase esta obligación. En general, hay que disminuir las solemnidades y elegir las más oportunas en los casos de epidemias, de viajes por el mar, de guerras y de permanencia en el extranjero. En estos conceptos se inspira la ley que regula los testamentos especiales.

En la legislación romana tenía vigor el principio: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Las razones de este principio eran dos: el evitar la división de los *sacra privata*, y el creer imposible la división del *universum jus defuncti*. La primera razón ha caído en el dominio de la historia; la segunda

se funda sobre un concepto externo del *universum jus*, puesto que éste no se desmembra y permanece uno en la multiplicidad de los individuos llamados á suceder, que representan una identidad común y que continúan en el mundo la persona del difunto. Pueden, por tanto, coexistir la sucesión legítima y la testamentaria; antes bien, su coexistencia es esencialmente necesaria, porque se ha demostrado que la sola sucesión legítima absorbería el derecho del individuo, y la sola sucesión testamentaria negaría el derecho de la familia. La sabiduría de los siglos ha hallado la armonía entre las dos especies coexistentes de sucesión en el sistema de la división del patrimonio del *de cujus* en una parte de reserva y en otra de libre disposición. Este sistema es conforme á la razón, porque no sacrifica el derecho de la familia ni el derecho del individuo, sino que los armoniza. Está fuera de duda que el fundamento de la parte reservable se halla en los *jura sanguinis*, en el derecho de la familia; dicha parte les corresponde á algunos herederos, pero al propio tiempo es de interés general, en cuanto tiende á la transmisión hereditaria de los bienes, medio poderoso para conservar las familias, y, por consiguiente, la sociedad civil. No proviene la legítima de la obligación de alimentos, porque no puede reducirse á las cantidades de simple pensión, ni proviene tampoco de la conversión jurídica y civil de los deberes naturales de los padres, porque así concebida, se podría confundir con un derecho de crédito, que debe satisfacerse en la manera que mejor le plazca al legislador. La legítima actúa el principio del condominio doméstico, y por eso es cuota de herencia, se debe por ley y es inviolable. La legítima, como cuota hereditaria, no se puede pedir ni renunciar durante la vida del *de cujus*,

se puede pedir en especie, ó sea en bienes inmuebles, en muebles y en créditos existentes al tiempo de la apertura de la sucesión, y produce la obligación del pago de las deudas. Estando la legítima ordenada por la ley, tutora del derecho de la familia, se sigue que el legitimario, llamado á suceder en algo ó en el todo de la parte disponible, no pierde el derecho á su legítima, de la cual ni siquiera el testador puede privarle. La desheredación, admitida por el derecho romano anterior y posterior á Justiniano, y por muchas legislaciones civiles modernas, por un lado consagra el irracional arbitrio del testador, y por otro no es necesaria cuando la herencia puede perderse por indignidad. Se comprende fácilmente que los casos de indignidad deben ampliarse algo para poder abolir la desheredación; por tanto, que deben considerarse como indignos á los que se hacen culpables para con el *de cujus* de injurias, de malos tratamientos y de sevicia. La legítima es inviolable, precisamente por hallarse fundada sobre el derecho sustancial de la familia y estar establecida por la ley; por lo que corresponde en propiedad y en usufructo al legitimario, y no pueden imponérsele condiciones, términos ni cargas.

La institución de la legítima, que no reconocen las leyes inglesas ni las americanas, ha sido objeto de varias objeciones por parte de los juristas y de los economistas. Se ha dicho, por ejemplo, que el padre no tiene obligación de dejar á los hijos una parte de su propiedad, sino que su obligación no consiste más que en educarlos bien; que la idea del condominio doméstico es aristocrática y feudal, y que el centro de la sociedad moderna es el individuo. Esta objeción es inconsistente, porque confunde la sustancia con el modo. El condominio es una idea intrínseca á la íntima comunidad

que forma la familia; si ha adquirido diferentes formas, es porque la misma familia ha pasado por diferentes fases. ¿Acaso deben hacerse desaparecer la propiedad y la familia porque un tiempo tuvieron carácter feudal? no es tampoco verdad que el centro de la sociedad moderna sea el individuo. Afirmar esto, significa caer en el individualismo, el cual considera al particular como un ente abstracto, como un átomo, y no se le concibe en relación á sus diferentes cualidades y posiciones en la familia, en las corporaciones y en el Estado. Se ha dicho que los hijos pueden tener recursos especiales; pero esto no es una razón para privarles de sus derechos. Y se ha añadido que los hijos pueden ser indignos, sin reflexionar que, ó su indignidad es grave, y en este caso todas las leyes están conformes con excluirlos de la sucesión, ó no es grave, y entonces no es justo negarles la legítima, porque siempre podrá el padre premiarlos ó castigarlos con la parte disponible. Ahora, la parte disponible es en manos del padre una sanción, y sirve para igualar la condición de los hijos, por cuanto algunos pueden no hallarse en situación de crearse una posición con su inteligencia y actividad. Se ha acusado á la legítima de producir la inercia entre los legitimarios. Mas, partiendo de este concepto y exagerándolo, podría hasta concluirse que con el fin de fomentar la actividad de los individuos debe agobiárseles con impuestos. No se ha considerado que la legítima puede ser el primer capital para el trabajo, y que es bastante más difícil reunir los primeros reales que pasar al segundo millón. Por fin, se ha dicho que la legítima fracciona la propiedad; mas obsérvese que este fraccionamiento es un bien, porque produce la igualdad y la independencia, confiere á muchos una cantidad de medios idóneos para sostener su vida y poder tra-

bajar, aplicando el capital á la industria; además es garantía de orden, y refuerza el amor á la patria, en cuanto liga el propietario al suelo. El fraccionamiento de la propiedad es un mal cuando llega hasta desmenuzarla; pero contra este mal hay varios remedios. Ante todo, los progresos de la industria y del comercio atraen los capitales; después hay que considerar que los que se enriquecen con las artes, con la manufactura ó con el tráfico tienden á comprar bienes inmuebles de una cierta importancia. La exigüidad de la renta de una tierra pequeña les aleja de su adquisición. En los casos en que existe el fraccionamiento excesivo, el ejercicio de las artes puede unirse con el carácter de propietario en una misma persona; y esta reunión produce buenos efectos higiénicos, económicos y morales. En conclusión, la legítima tiene la ventaja de preservar á la familia de irracionales liberalidades y de difundir la propiedad y el capital. Cuando es pequeña, impide el aumento de población en las clases aristocráticas, las cuales de ordinario son incapaces de ofrecer á la sociedad una gran cantidad de trabajo, y si la ofrecen, es á menudo de calidad inferior, según advierte Rossi, economista partidario de la legítima, cuya autoridad puede muy bien servir de contrapeso á la de Stuart Mill, apologista de la ilimitada facultad de testar.

La legítima corresponde á los hijos legítimos, á los legitimados, á los adoptivos y á sus descendientes. Los legítimos y los legitimados gozan de todos los derechos de familia, y, por tanto, les corresponde *optimo jure* la legítima. La adopción iguala al adoptado con el hijo legítimo, pero es siempre una relación personal. Los nietos y los descendientes vienen por derecho de representación. Si el testador no deja hijos ó descen-

dientes, la legítima se debe á los ascendientes, porque éstos deben la legítima á aquéllos. Hay aquí una obligación recíproca de verdadero derecho natural. También al cónyuge y al hijo natural les corresponde, por principio de justicia, una legítima que no siempre es considerada como cuota hereditaria, porque se debe favorecer á los hijos, á los ascendientes y en general los derechos de la familia legítima. En efecto, las leyes prescriben á veces que la cuota correspondiente al cónyuge pueda ser satisfecha por los herederos mediante una renta vitalicia ó asignación de frutos, y que la del hijo natural la puedan pagar en dinero. Tales leyes establecen que las cuotas correspondientes al cónyuge y al hijo natural se deduzcan de la parte disponible, á fin de que no queden nunca perjudicados los mejores derechos de la legítima, esto es, los de los descendientes y ascendientes legítimos. Una legítima de los colaterales no es ya posible, cuando se ha dado al traste con el sistema de los bienes propios y adquiridos, sistema que tiende á conservar los bienes en la familia. El desenvolvimiento de la industria y del comercio y la conciencia de los limites efectivos de la familia, Entendida en sentido estricto, han hecho desaparecer un sistema enteramente medioeval y desconocido entre los romanos. Semejante legítima no la exige tampoco la filosofía del derecho, porque los hermanos y las hermanas son el centro de otras familias; ni tampoco la consiente el interés social, que no quiere una exagerada limitación del derecho de disponer para que los hermanos y hermanas gocen de una módica legítima. Si el testador quiere beneficiar á unos y á otras, ya lo hará. Nótese que estas personas tenían por derecho romano un derecho solamente cuando era instituida una persona torpe. Para fijar la cuantía de

la legítima, hay que tener presente el grado del parentesco y la clase de herederos, por un lado, y por otro las exigencias económicas de la familia. Para conseguir el fin económico en armonía con los principios de justicia, la legítima no debe ser ni demasiado grande ni demasiado pequeña. Si fuese mínima, no sería legítima, sino pensión alimenticia y produciría los mismos males que la ilimitada facultad de disponer; y si fuese demasiado grande, absorbería el derecho de propiedad individual. La justicia exige que el derecho de familia esté contrapesado por el individual de dominio. El sistema de la proporcionalidad absoluta de la legítima al número de los legitimarios, sistema puesto en práctica por la Revolución francesa, absorbe la facultad de disponer; el de la proporcionalidad limitada, aceptado por Justiniano y por el código francés, no siempre consigue su intento, y no es justo. No siempre consigue su intento, porque la proporcionalidad debe detenerse en un punto, si no quiere destruir el derecho de disponer; y deteniéndose, se ve que se establece igual porción para cinco hijos que para ocho ó diez. Y no es justo, porque limita excesivamente el derecho del individuo propietario que dispone. Se ha dicho también que tal sistema hace incierta la transmisión de los bienes en caso de que sobrevengan hijos. Parece preferible el sistema de la cuota invariable, sea cualquiera el número de los legitimarios, sistema seguido por la costumbre de París, por el código napoleónico y por el italiano, porque tiene igualmente en cuenta los dos derechos de que se ha hablado y además toma en consideración el fin económico de un modo general. En la mayoría de los casos, los descendientes que concurren á la sucesión de los ascendientes son en número mayor que los ascendientes que

concurren á la sucesión de los descendientes; por eso la cuota reservada á éstos debe ser mayor que la de aquéllos. Verdad es que por efecto de este sistema la legítima resulta pequeña cuando hay muchos hijos; pero esto lo que prueba es que á la ley le es imposible amoldarse á la indefinida variedad de las necesidades económicas en todos los casos de la vida. La ley debe hacerse cargo de lo que acontece ordinariamente, *id quod plerumque accidit*. Admitida la legítima, es evidente que los actos de liberalidad realizados entre vivos ú ordenados por el testamento deben ser reducidos, si exceden de la parte disponible. Ante todo se reducen proporcionalmente las mandas entre los herederos y los legatarios; si esto no basta, se reducen las donaciones, empezando por la última y siguiendo en dirección ascendente. Se reducen primero las mandas, porque son actos y no contratos, como las donaciones; se comienza por la última donación, porque ésta suele perjudicar á la legítima. Siempre le queda facultad al testador para prever la posibilidad de la reducción y para conceder la preferencia á una manda ó á una donación.

Ha surgido cuestión acerca de si el derecho de representación puede aplicarse á la sucesión testamentaria. Reflexionando bien acerca de la materia, parece que, por regla general, no es aplicable, porque en la sucesión testamentaria es lo más frecuente que no existan las razones en que se funda el derecho de representación, y hay transmisión mediata de los bienes. Frecuentemente, el heredero y el legatario no son parientes del testador, por lo que no puede hablarse de vínculos de la sangre, de equidad doméstica y de principios de familia. El afecto del testador se concentra en la persona llamada á la herencia ó al

legado, cuando esta persona es un extraño y no llega hasta sus descendientes. En otros términos, los descendientes del heredero ó del legatario vienen á la herencia ó al legado por transmisión, no por representación, porque se presupone la *delatio hereditatis,* ó la transferencia del derecho en favor del heredero ó del legatario, y no son llamados inmediatamente por la ley, como acaece en el caso de representación. El representante se coloca en el lugar y adquiere los derechos del representado por virtud de la ley misma, sin necesidad de la devolución de la herencia en favor de este último. Esta es la fuerza propia de la sucesión *ab intestato* ó legítima. Por el contrario, la sucesión testamentaria deriva de un modo directo de la voluntad del que dispone y no puede competer al heredero ni al legatario sino por adquisición. Por regla general, no puede pasar á los descendientes del heredero sin *delatio;* por lo que el llamamiento de éstos es mediato y se muestra en la transmisión. Los efectos de la transmisión son distintos de los de la representación, porque si los descendientes del heredero recogiesen la herencia ó el legado como representantes, no excluirían al coheredero ni al heredero sustituido ni estorbarían el derecho de acrecer. Considerados los descendientes como *transmisionarios,* excluyen al coheredero ó al heredero sustituido y estorban el derecho de acrecer. Mas algunas veces el heredero y el legatario son próximos parientes del testador, esto es, descendientes, hermanos ó hermanas del mismo. En este caso existen las razones sobre las que se funda el derecho de representación en la sucesión legítima, porque los descendientes del heredero ó del legatario se encuentran con respecto al testador en aquella línea y en aquel grado de parentesco dentro de los

cuales se daría la representación si se tratara de la sucesión *ab intestato*. Por tanto, si el heredero ó legatario ha premuerto ó es indigno, sus descendientes recogerán la herencia por un derecho análogo al de representación en la sucesión legítima, y que ha sido considerado como una especie de subrogación tácita ó legal; la cual no se extiende á los descendientes de los herederos ó legatarios extraños, como fácilmente se comprende, porque tiene su razón de ser en los vínculos de la sangre. Diferente era el caso de la transmisión teodosiana, introducida en el derecho romano por una ley de Teodosio II y Valentiniano, y que dice de esta manera: *Filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes vel proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defunctis (sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint) in liberos suos cujuscumque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas (si tamen hereditatem non recusant) nulla hujusmodi praescriptione sibi obstante eam tamquam debitam vindicare. Quod scilicet etiam super legatis, seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet*. Justiniano confirmó la transmisión teodosiana; pero ésta era muy diferente de la representación, porque suponía que el heredero ó el legatario muriera antes de la apertura del testamento, mas no antes de la muerte del testador; se trataba, por tanto, de un verdadero caso de transmisión, no de representación. El código italiano ha dispuesto, conforme al principio antes enunciado, que los descendientes del heredero ó legatario premuerto ó incapaz reciban la herencia ó el legado en los casos en

que se reconocería en favor suyo la representación si se tratara de sucesión intestada, á no ser que el testador haya dispuesto otra cosa, ó se trate de legado de usufructo ó de otro derecho personal por su propia naturaleza.

Cuanto á la parte disponible, hay que advertir varias cosas. En primer lugar, el heredero ó legatario se puede designar de cualquier manera; sólo se necesita que la persona no sea incierta, de tal suerte que no pueda ser determinada. Toda disposición del testador debe ser cierta, como también propia, ó sea no dependiente de la voluntad de un tercero. En segundo lugar, el error por respecto á la causa final del testamento no puede tener el mismo efecto que el que se refiere á la causa impulsiva. En el primer caso invalida el acto, porque el testador no habría dispuesto de la manera que ha dispuesto, si hubiera tenido conocimiento de un hecho: por ejemplo, de que existiese un hijo único al que creía muerto. En el segundo caso el acto vale, porque la causa impulsiva es accesoria y no determinante; la voluntad de disponer subsiste, abstracción hecha del impulso. El legado hecho por el padre á uno de sus hijos en consideración á su numerosa prole, subsiste aunque en el momento de la muerte del testador la prole haya disminuido mucho. En tercer lugar, debe advertirse que el testador puede imponer al heredero ó al legatario una carga, en el cual caso tenemos la liberalidad *sub modo,* ó puede establecer condiciones. Las condiciones pueden ser de tantas clases cuantas son las de los contratos. Los romanos enseñaban que las condiciones inmorales, imposibles, ilegales, puestas en el testamento, *vitiantur et non vitiant,* porque se consideran como efecto de una perturbación mental cuyos efectos no deben re-

caer sobre los herederos inocentes, los cuales no han consentido en ellas. Pero la doctrina romana aceptada por algunos códigos no debe seguirse, porque la perturbación mental debería tirar por tierra el mismo testamento. Si el testador sabe lo que ordena, no puede ignorar que el cumplimiento de las condiciones indicadas es contra la naturaleza y contra la ley, y, por tanto, es lógico inferir que no tiene verdadera voluntad de dejar sus cosas al heredero ó al legatario. La validez ó no validez de la liberalidad depende menos de las consideraciones que puedan merecer los herederos que del estado de la voluntad del testador en el momento en que dispone. Debe estimarse contraria al principio de la libertad la condición que prohibe las nupcias; pero es lícita la *conditio viduitatis,* porque no es lícito que el cónyuge supérstite viole la fe que se quiere mantenga íntegra el cónyuge muerto, que pase á segundas nupcias y se aproveche de las disposiciones benéficas de éste. El cónyuge supérstite puede vivir en concubinato ó hacer mala vida, sin que por esto pierda la liberalidad. Lo cual no debe causar extrañeza, porque el cónyuge muerto ha confiado en la moralidad del cónyuge supérstite. El reconocimiento de tal condición se liga también con el motivo de favorecer los intereses de la prole que ha quedado. En cuarto lugar, debe aquí hacerse mención del derecho de acrecer y de la sustitución. El derecho de acrecer es aquel derecho por el cual la porción del heredero que fallece se devuelve á los coherederos nombrados conjuntamente en el mismo testamento, en una misma cláusula y sin señalamiento de partes. Es de presumir que los herederos nombrados de esta manera hayan sido considerados por el testador como una sola persona, y por

tanto, si uno falta, su porción debe aprovechar á los otros. Si los herederos son llamados cada uno en una parte desigual, la presunción cesa, y la porción del que falta es devuelta al heredero legítimo del testador. Como éste tiene la plena disponibilidad de la parte de bienes de libre disposición, puede llamar á un heredero ó á un legatario en segundo lugar, para el caso en que falte el llamado en primero. En esto consiste la sustitución, la cual puede ser directa ú oblicua. La directa es aquella por virtud de la cual el sustituto sucede directamente al difunto. La sustitución vulgar es un ejemple de esta clase de sustitución, porque es una institución hecha por el testador en segundo ó ulterior lugar para el caso en que el instituido en el grado precedente no consiga la herencia. La sustitución vulgar es recíproca cuando los herederos testamentarios son sustituidos los unos á los otros. Otro ejemplo de sustitución directa es la pupilar del derecho romano, que se realizaba cuando el padre nombraba un heredero para el hijo en caso de que éste muriera impúbero. De las dos sustituciones directas, la vulgar es conforme á los principios de razón, porque el derecho de disponer del testador no se ejercita de manera que vincule la propiedad. Por otra parte, el testador tiene derecho á tener un heredero elegido por él, y puede perfectamente proveer al caso en que el primer llamado no quiera ó no pueda serlo. La sustitución pupilar romana no es ya admisible, por ser consecuencia de aquella patria potestad que hoy ha dejado de existir, y por la cual la voluntad del padre se ponía en lugar de la voluntad del hijo impúbero en el acto de testar. La sustitución oblicua y precaria es la fideicomisaria, por la que se grava al instituido con la obligación de conservar y restituir la herencia ó al-

guna parte de ella á una tercera persona. Ahora, esta clase de sustitución no debe ya ser reconocida, porque es efecto del irracional arbitrio de un viejo que tiene los pies en la fosa y vincula excesivamente la comercialidad de los bienes. No debe confundirse con la sustitución fideicomisaria la institución fiduciaria, que es aquella mediante la cual alguno es instituído heredero bajo el secreto acuerdo de no ser sino un simple administrador y depositario de la herencia hasta el momento en que haya de ser entregada al verdadero heredero. Sobre el instituido en la sustitución fideicomisaria grava manifiestamente la obligación de conservar y restituir; no puede enajenar los bienes, pero es heredero y puede gozar de ellos, mientras que en la institución fiduciaria es heredero simulado, no puede percibir nada y debe devolver la herencia con los frutos. Hoy están reconocidas las instituciones fiduciarias, pero el código civil italiano prohibe la prueba de la confianza, para evitar muchas y difíciles averiguaciones, menos cuando la institución fiduciaria sirva para gratificar á personas incapaces por medio de personas intermedias; en el cual caso se admite la prueba de que la institución es fiduciaria. Las instituciones de heredero desde un determinado día ó hasta un determinado día no deben admitirse, porque vienen á ser fideicomisos. En efecto, si el heredero no es instituido sino desde cierto día, el heredero legítimo sucederá al testador para conservar y restituir; y si se le instituye hasta cierto día, deberá restituir la herencia al heredero legítimo ó al otro heredero instituido después de él. Finalmente, debemos decir algo de las disposiciones á título particular mediante las que el testador impone á una persona favorecida por él la obligación de dar, hacer ó no hacer alguna cosa en

favor de otra persona; el legante debe, claro es, tener la facultad de disponer ó de testar. Por su parte, el legatario debe tener capacidad para recibir por testamento, por ser el legado parte de la herencia. Pueden ser gravados con la prestación del legado todos aquellos á quienes el testador haya dejado algo, como los herederos testamentarios instituidos ó sustituídos, los legatarios y los herederos legítimos. Nótese que sobre la legítima no pueden imponerse gravámenes, condiciones ni legados, porque es la parte que la ley consagra al derecho de familia. Pueden ser objeto del legado todas las cosas que se hallen en el comercio del legatario y pueden ser útiles. Pueden legarse las cosas presentes, las futuras, las muebles, las inmuebles, las singulares, las universalidades de hecho, las corporales y las incorporales. Las cosas que estén fuera del comercio para el que lega y para el gravado, pero que estén dentro del comercio para el legatario, pueden ser legadas.

Los principios comunes á toda especie de sucesión se refieren á la apertura, á la devolución, á la aceptación, á la renuncia, á la división de la herencia y á la colación. La sucesión se abre á la muerte de la persona de cuya herencia se trate. La herencia del hombre vivo no es posible, justamente porque quien vive tiene y ejercita como lo tiene por conveniente el derecho de propiedad. La apertura de la sucesión hace cierto el momento en que ésta comienza á existir y á poderse devolver, y en que, por tanto, deben existir las condiciones de capacidad de los herederos. La devolución, según la conciben las leyes germánicas y los códigos francés é italiano, es el tránsito de la herencia á poder del heredero, juntamente con la facultad de aceptar ó de renunciar. La devolución tiene lugar de pleno dere-

cho en el momento mismo de la apertura de la sucesión, tanto respecto á la propiedad de los bienes hereditarios como respecto á su posesión. Tal es el significado de la antigua máxima germánica y francesa: *el muerto posesiona al vivo*. Se ha observado, y á nuestro juicio con razón, que la máxima sería verdadera, si la herencia fuese irrenunciable, si todavía hubiese, como en Roma había, *heredes necesarii* que sucedían aun *invito animo,* por ejemplo, los esclavos, ó *heredes sui,* los cuales eran en un principio herederos involuntarios, como eran los hijos y los descendientes del difunto constituidos bajo su potestad en el momento de la muerte. Pero estas dos especies de herederos hoy no existen, porque las leyes modernas no reconocen más que herederos voluntarios, respetando el principio de la libertad individual. Si para la renuncia se requiere un acto de la voluntad, sería lógico y justo exigir para la adquisición el acto de la *aditio,* establecido por los romanos para los *heredes voluntarii* ó *extranei*. El concepto moderno de la devolución es contradictorio, porque la adquisición *ipso jure* no se armoniza con el concepto contemporáneo de la facultad de aceptar ó renunciar ni se concilia con la herencia yacente. La adquisición es una consecuencia del ejercicio de semejante facultad y no puede lógicamente tener lugar antes. Los tres principios romanos de la adquisición *ipso jure* para los *heredes sui,* la *additio* para los extraños y el acto judicial para el *bonorum possessor,* forman hoy la base de los tres sistemas legislativos vigentes en Europa. El primer principio lo aplican las leyes francesas, prusianas é italianas, el segundo el derecho sajón y el tercero el código austriaco.

La aceptación de la herencia puede ser pura y sim-

ple ó á beneficio de inventario. La primera es expresa cuando se asume el título y la cualidad de heredero por medio de un acto ó documento; es tácita cuando el que ha sido nombrado heredero realiza cualquier acto que supone necesariamente su voluntad de aceptar y que no tendría derecho á realizar sino en virtud de su cualidad de heredero, y es presunta cuando se le considera heredero en virtud de una disposicién legal ó por consecuencia de ciertos hechos, como tiene lugar en el caso en que sustrae ú oculta efectos de la herencia. El efecto de la aceptación pura y simple consiste en la confusión del patrimonio del heredero con el del difunto; por lo que el heredero queda personalmente obligado para con los acreedores del difunto *ultra vires hereditatis*. La aceptación á beneficio de inventario, siempre expresa, impide la confusión de los dos patrimonios; por lo que el heredero queda obligado para con los acreedores del difunto dentro de los límites de la herencia. La renuncia debe ser siempre expresa, y no se presume nunca. Tanto la aceptación como la renuncia se pueden hacer abierta la sucesión y muerta ya la persona de cuya herencia se trata. La comunión entre los herederos puede producir inconvenientes; por eso los mismos herederos proceden amigable ó judicialmente á la división, que es una operación hecha para declarar y especificar las cuotas que les corresponden. En la comunión la cuota de cada coheredero es cierta en la cualidad, pero incierta en la quiddidad. La incertidumbre cesa con la división, y cada heredero de los que codividen se reputa único é inmediato sucesor de los bienes que componen su parte. La colación es la restitución que el descendiente coheredero hace á la masa hereditaria, en favor de los hermanos, hermanas y descendientes de los mismos, de

todo cuanto ha recibido del difunto ascendiente común á título de donación directa ó indirecta. La colación se funda sobre la presunta voluntad del ascendiente difunto de no alterar la igualdad entre los descendientes. Es razonable suponer que el difunto ascendiente haya donado á título de anticipo y con ánimo de obligar al donatario, en concurrencia con otros descendientes, á que entregue á la masa hereditaria los bienes donados. *Pater*, decían los intérpretes, *non debet sua inaequalitate ex pluribus filiis, unum facere legitimum et alium bastardum.* Esto supuesto, es evidente que la colación sólo tiene lugar en beneficio de los coherederos descendientes y en las sucesiones de ascendientes. La colación puede ser hecha real y ficticiamente. Se hace realmente, cuando se llevan al caudal hereditario los mismos bienes de que se trate; y se hace de un modo ficticio, cuando se computa el valor de los mismos bienes en la porción hereditaria del donatario.

En la sucesión en general deben distinguirse siempre tres elementos: el individuo, la familia y la sociedad. El dominio presupone estos tres factores, y la ley, al organizar la herencia, debe atribuir á cada uno de ellos lo que le corresponda. La ley está obligada á reconocer el derecho del propietario, el vínculo familiar y el vínculo social: dos vínculos que originan dos derechos. La ley debe amoldarse, no sólo á los principios de razón, sino también á las condiciones de tiempo, de lugar y de civilización.

FIN

INDICE DEL TOMO SEGUNDO

CAPÍTULO VI

La propiedad predial.

CAPÍTULO VII

La propiedad forestal y minera.

CAPÍTULO VIII

La propiedad industrial.

CAPÍTULO IX

La propiedad comercial y el derecho de autor y de inventor.

CAPÍTULO X

Los derechos reales particulares.

CAPÍTULO XI

La posesión.

CAPÍTULO XII

Las obligaciones.

CAPÍTULO XIII

El contrato y sus formas.

CAPÍTULO XIV

La libertad de contratación y el contrato de trabajo.

CAPÍTULO XV

El préstamo usurario.

CAPÍTULO XVI

La sociedad, la letra de cambio, el transporte y algunos contratos aleatorios.

CAPÍTULO XVII

La familia primitiva.

CAPÍTULO XVIII

La sociedad conyugal.

CAPÍTULO XIX

La indisolubilidad del matrimonio y el divorcio.

CAPÍTULO XX

La sociedad paterno-filial.

CAPÍTULO XXI

Idea, historia y fundamento de la sucesión.

CAPÍTULO XXII

La sucesión legítima y la testamentaria.